

LEHRE
vom
SCHADENSERSATZE

von
D. FRANZ SCHOEMAN.

Zweiter Theil.

*Dolus, Mora, Pactum, Edictum,
Idquod interest, Casus.*

Giesen und Wetzlar 1806.

bey Tasché und Müller.

J. E. H. E.

SCHULDENERSTELLE

von

FRANZ SCHÖNHAAR

2. Theil

Verlag von J. E. H. E.

Leipzig, 1844.

Verlag von J. E. H. E.

Leipzig, 1844.

Hier lege ich das im vorigen Jahre versprochene zweite Bändchen der Lehre vom Schadensersatz dem juristischen Publicum vor.

Ich fand schon vor einigen Monaten über das erste Bändchen dieses Werkes eine sehr ehrenvolle und bestätigende Recension in den reichskammergerichtlichen Miscellen von J. A. Vahlkampff (II. 4.). Auch in der allgem. Lit. Zeit. nr. 216. wurde demselben die vollkommenste Bestätigung zu Theile. Gegen die erstere Recension erlaube ich mir, in Betreff der Bemerkung über den in § Instit. de emt. vendit. vorkommenden

druck „custodiam recipere“ auf meine Prüfung der Theorie der Culpa des H. Egid v. Löhr (auch in meinem Handb. des Civilr. II. X.) aufmerksam zu machen, wo ich schon vor der Erscheinung jener Recension aus l. 55. locati und l. 4. Cod. eod. mit Evidenz bewiesen habe, dass dieser Ausdruck in der Person solcher Geschäftsinteressenten, welche ohnehin schon für custodia haften, nicht susceptio diligentiae (denn so nur kann die susceptio culpa levissimae in jener Recension gemeint seyn), sondern susceptio casus heisst. Wahrscheinlich war meine Prüfung der v. Löhrschen Theorie dem H. Recensenten damals noch nicht bekannt. Auch lag es nur am Ausdrücke, dass er mir vorwarf, ich hätte Seite 102. behauptet, der Ausdruck „culpa lata“ komme in unseren Gesetzen nirgends neben dem dolus noch besonders vor, ohngeachtet doch die gleich darauf Seite 104. wörtlich angezogene l. 7. Cod. arbitr. tut. ein Anders zeige: „allein, wenn diese Co-

v

*der*stelle sagt „quidquid tutoris dolo vel culpa lata aut levi etc.“, so bezeichnet sie nur noch neben der culpa levis die culpa lata, und meine, freilich etwas deutlicher zu fassende Behauptung S. 102. gieng nur dahin, dass kein Gesetz, welches blos vom dolus rede, auch noch besonders der culpa lata erwähne.

Uebrigens hat mir ein gelehrter Freund die wichtige Frage gestellt „ob dann nach meiner Theorie der Culpa die actiones contrariae z. B. commodati, mandati, depositi, pignoratitia nur auf Kosten-, nicht auf sonstigen Schadens-Ersatz gehen sollten — ihm schienen doch l. 31. de pignorat. act. und l. 17. §. 3. in fine commod. diese Klagen auch auf sonstigen Schadens-Ersatz zu beziehen. Ich hatte nämlich behauptet (S. 73. meiner Abhandl.), der Commodant, Deponent etc. könnten nur durch Thun schaden, sie wären also der aquilia oder der dieser nachgebildeten actio in factum unterworfen, weil bei ihnen nie eine causa extrinsecus oblata damni im Sinne der

wichtigen l. 57. locati denkbar ist. — — Ich
 gestehe es gerne, dass hier mein System etwas
 dunkel blieb; aber unrichtig, glaube ich, ist
 es auch hier nicht. Ich löse den mir movirten
 Zweifel so: 1.) für das schädliche Thun sind
 gegen Contrahenten als solche nebst der aquilia
 auch die Contractklagen gegeben (dies habe
 ich nirgendwo in meiner Abhandlung über cul-
 pa negirt), aber freilich 2.) sind dabei die
 Contractklagen nur dann concurrent und an-
 wendbar, wenn die Contractklage in
 dem gegebenen Falle keinen andern
 gradus culpaeprestandae zu untersu-
 chen übrig lässt als aquilia, z. B. wenn der
 Contrahent wegen eines erweislichen dolus in
 faciendo oder wegen einer erweislichen culpa
 lata in faciendo belangt wird, da steht es mir
 frey, die aquilia oder die Contractklage zu
 gebrauchen, denn hier verdammen den Be-
 klagten beide Klagen ohne Unterschied. Da-
 hin gehören nun l. 31. cit. und l. 17. §. 3. cit.:
 beyde sprechen von einem scienternocens.

Dahingegen, wenn z. B. der Conductor belangt wird wegen einer durch sein Thun ohne culpa lata zugefügten Deterioration, so ist es nicht gleichgültig, ob aquilia oder actione locati gegen ihn geklagt wird, denn jene würde auch die culpa levissima, diese nur die levis vindiciren. In diesem und ähnlichen Fällen nun und in so ferne ist es sehr wichtig, das Gebiet der aquilia von dem der Contractklagen zu trennen, wie Labeo und Javolen trennten in l. 57. locati, jener Stelle, welche bei einer Darstellung der Lehre von der culpa nie ausser Acht gelassen werden darf, so wenig als das, was wahre causa extrinsecus oblata damni in Sinne dieser Stelle ist, deren Nichtabwendung nur eine culpa in non faciendo begründet, und was es nicht ist. Z. B. wenn der Römer ein animal scabiosum deponirte, so war hier gewiss keine causa extrinsecus oblata damni im Sinne der l. 57. locati denkbar. Diefs zur Seite 73. und 115. meiner Abhandlung über culpa.

Das geneigte Publicum wird es wohl verzeihen, wenn diese Dunkelheit in dem ersten Versuche einer in allem Betrachte so schweren und verzweifelten Lehre nicht ganz beseitiget wurde. Wenigstens waren doch alle Stellen darin angezeigt, woraus das Licht dem tieferen Forscher sich zeigt, wie es dann dem scharfsinnigen Recensenten in der allg. Lit. Zeit. nicht verborgen blieb. Wer nun doch noch diese Ansicht bezweifelt, vergleiche die l. 3. de pign. act., und denke, dass Labeo in dieser Stelle, so wie in der l. 57. locat. redend. angeführt wird.

Wetzlar

am 20. Septemb. 1806.

Der Verfasser.

**Die Theorie der Culpa wurde im ersten Bänd-
chen dieses Werkes vollständig abgehandelt:**
ausser der Culpa giebt es noch mannigfaltige
andere Gründe, woraus man zum Schadens-
ersatze verpflichtet wird, und welche doch
ihrem Begriffe nach mit Culpa gar nichts ge-
mein haben, namentlich

Dolus.

Mora.

Pactum.

Edictum.

In Ansehung der Mora wird meine Behauptung, daß sie ihrem Begriffe nach mit Culpa gar nichts gemein habe, jetzt noch sehr paradox klingen: aber die Gründe und Stellen, womit ich unten dieselbe unterstütze, werden wenigstens beweisen, daß ich hier so wenig, als in meinen früheren Schriften, absichtlich unzeitige Neuerungen wagte.

Da übrigens diese viererlei Gründe der Verpflichtung zum Schadensersatz keine so schwierige Untersuchung der verschiedenartigen einzelnen Geschäfte erheischen, wie dieß bey der Lehre von der culpa wegen ihrer verschiedenen Grade nothwendig war, so läßt sich mit Uebergang des hier unzweckmäßigen Details viel Raum ersparen. Jedoch darf sich mit der Entwicklung aller dieser Rechtsgegenstände die Lehre vom Schadensersatz noch nicht schliessen, sondern hiernächst sind noch das überaus wichtige

id quod interest oder das Quantum
der Entschädigung
und zuletzt die Lehre vom
Casus
zu erklären übrig.

D o l u s.

Allerdings kann man den Dolus unter die
Culpa im weitesten Sinne genommen *) sub-

*) Dieß führte ich schon an im ersten Theile
dieses Werkes S. 45. Note ** (Handbuch des
Civilrechts I. S. 205.). Der Beweis hiervon
läßt sich aus den Schriften mehrerer Classi-
ker, welche aber nicht Juristen waren, füh-
ren, doch nicht mit der juristischen Gewiß-
heit, wie vorzüglich aus l. 5. §. 1. D. ad leg.
Aquil. „igitur injuriam hic damnum accipie-
mus *culpa* datum, *etiam ab eo, qui nocere*
noluit“““ und aus Constit. 2. Cod. Theodos.
de custodia Reorum „siquis *in ea culpa* vel
crimine fuerit deprehensus, quod dignum
claustris carceris et custodiae Squallore vide-
tur.“““

sumiren: doch bezeichnet er im engen Verstande nur jede Thätigkeit oder Unthätigkeit, welche sich zunächst auf den, gleichwohl nicht erreichbaren *), Vorsatz gründet, dem Mitbürger widerrechtlich zu schaden.

Ob der Handelnde gerade Vorthail aus seiner Handlung bezieht oder nicht, ist ganz gleichgültig **), wiewohl sich daraus der si-

*) Ein Beispiel hiervon finden wir in l. 29. pr. D. mandati, worin das „dolo versari videtur“ nach dem gesetzlichen Sprachgebrauche so viel heisst als „dolo versatur“ und der Zusatz „dissoluta enim negligentia prope dolum est“ bedeutet, eine jede grobe Negligenz, auch ohne allen Vorsatz zu schaden, grenze ja schon an den Dolus. . . Diefs gegen H. v. Löhr, welcher (§. 6. seiner Abhandlung) diese Stelle gänzlich verdreht.

**) L. 1. §. 2. D. de dolo malo „ipse (Labeo) sic definiit: dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est. So erklärt sich Ulpian über den Dolus in einem eigenen Titel — — wäre das Vorthailbezie-

cherste Schluss machen läßt, daß er zugleich den aus seiner Handlung dem Dritten zugehenden Schaden einsah, welchen er wohl, im Gefühle der Freundschaft des Hasses oder des Mitleids handelnd, nicht berücksichtigte. Hieraus erklärt es sich sehr deutlich, warum unsere Gesetze eine widerrechtliche Handlung, woraus man Vorthail bezieht, jedesmal, aber doch, weil das Vorthailbeziehen aus der widerrechtlichen Handlung nicht Wesenheit des Dolus im engen Sinne ist, nur beispielsweise dolus nennen, und so auch widerrechtliche Handlungen aus Leidenschaft öfters zur *culpa lata* rechnen, weil der Handelnde in solcher Stimmung häufig auf den aus der Handlung für den Dritten resultirenden Schaden gar keinen Bedacht nimt.

hen aus der dolosen Handlung Wesenheit des Dolus im engen Sinne, wie H. v. Löhr (a. a. O. §. 6.) meint, so wäre wohl hier der schicklichste Ort gewesen, dieser besonderen Beziehung zu erwähnen.

Das exaltirte Gefühl des Mitleids stellt dem Handelnden seine Handlung in dem Augenblicke der Unternehmung als rechtmässig vor; an widerrechtlichen Schaden denkt er dabei gar nicht

l. 7. §. 7. D. de dolo malo „si compeditum servum meum, ut fugeret, solveris, an de dolo actio danda sit? Et ait Quintus „*si non misericordia ductus fecisti, furti teneris; si misericordia, in factum actionem dari debere*“““ *).

Das Gefühl der Freundschaft ist meistens theils von dem der Selbstaufopferung in dem Augenblick der Handlung begleitet, so, dass der Handelnde auf den dem Dritten aus seiner Handlung hervorgehenden Schaden nicht reflectirt

l. 8. §. 10. mandati „si emere neglexisti, *lata culpa, forte si gratia passus es, alium emere*.“““

*) Vergl. auch l. 7. pr. D. depositi.

Selbst Feindschaft, wenn sie widerrechtliche Unterlassungen bewürkt, äussert sich häufig bloß als barsche Bequemlichkeit: nur also feindschaftliche *Facta* und Gewinnsucht sind jedesmal und unzertrennlich mit der Reflexion auf den dem Dritten zuzufügenden Nachtheil verknüpft, und müssen immer mit dem Namen „*dolus*“ belegt werden

l. 8. §. 10. D. mandati „*si dolo emere neglexisti, forte* (d. h. zum Beispiele — doch kann dieß auch unter andern Verhältnissen gedacht werden, nämlich als bloße boshafte Absicht zu schaden) *pecunia accepta alii cessisti, ut emerit.*“““

Ich glaube, auf diese psychologische Erklärungen sämtlicher von Herrn v. Löhr zum Beweise seiner neuen Meinung angeführten Stellen gestützt, die von jeher aufgestellte Definition des *Dolus* als eines Vorsatzes zu schaden hinlänglich gerechtfertigt zu ha-

ben. Es fehlt indess auch gar nicht an ausdrücklicher Bestätigung im römischen Gesetzbuche. Wenn ich eine Stelle aufzeige, worin eine widerrechtliche Handlung, aus Leidenschaft begangen, derselben Handlung, aus Gewinnsucht begangen, völlig gleich gestellt, und in jenem Falle eben so, wie in diesem, *dolus* genannt wird, so ist hiermit gezeigt, daß das Wesentliche des *dolus* nicht in dem Gewinne aus der Handlung liegt

l. 15. §. 1. D. de judic. „*dolo malo videtur judex in fraudem legis sententiam dicere, si evidens arguatur ejus vel gratia, vel inimicitia vel etiam sordes, ut veram aestimationem litis praestare cogatur.*“““

Der Richter muß das Mein und Dein mit beständiger und höchster Strenge berücksichtigen; dieß ist die allgemeinste Sphäre seines Amtes. Bloße Nachlässigkeit in Untersuchung der Rechtsverhältnisse der streitenden Theile ist kein *Dolus*, aber es muß, wenn

der Richter aus Freundschaft und Feindschaft widerrechtlich spricht, eben sowohl in seiner Person die gleichzeitige Reflexion auf den dem Verlierenden dadurch verursachten Schaden angenommen werden, als wenn er mit Gelde oder Geldes Werthe bestochen richtete. . . Wie in eines jeden widerrechtlich handelnden Person in Ansehung des Daseyns oder Nichtdaseyns eines Dolus Alles auf den Vorsatz zu schaden ankommt, so auch in der Person des Richters, nur mit dem Unterschiede, daß bei diesem, wenn er auch bloß leidenschaftlich handelt, wegen der Vermuthung seiner beständigen Reflexion auf das Mein und Dein, jedesmal jener Vorsatz vermuthet wird. — — Es bleibt also immer wahr, daß der Begriff des *Dolus* sich in den Vorsatz, durch widerrechtliches Handeln zu schaden, auflöst, und der neue unphilosophische Zweifel dagegen verschwindet.

Dolos darf Niemand handeln, und ebenso wenig, was unter diesem Ausdrücke schon

begriffen ist, unterlassen. — Auch kann durch Vertrag das Gegentheil im Voraus nicht festgesetzt werden.

l. 27. §. 3. D. de pactis. l. 23. de R. J.
Wichtig sind noch l. 16. de cond. furt. und
l. 1. §. 25. Depos.

Wir kommen nun zur

M o r a.

Den Begriff hiervon erläutern uns grössere und kleinere Abhandlungen durch eine *injusta dilatio*, und dieses *Injustum* der Zögerung machen sie insgesamt von *dolus* oder *culpa praestanda* abhängig *). Ganz richtig

*) Vergl. unter andern *Cujac. ad legem 23. D. de Verborum Obligat. Doneau Commentar. jur. civil. lib. XVI. cap. 2. Höpfner Commentar. etc. §. 755. Westenberg princip. jur. sec. ord. Digestor. lib. XXI. Tit. 1. §. 64. Hellfeld jurisprud. forens. lib. II. Tit. 14. §. 328. und Wehrn doctrina juris explicatrix principiorum et caussarum damni, habita doli mali culpa morae ejusque quod interest ratione*

wird sie von Allen eingetheilt in *mora ex re* und in *mora ex persona*. Diese letztere *) zu beurtheilen, ist, wegen der dabei nöthigen *interpellatio hominis oportuno loco* allerdings sehr schwer.

praestandi (1795) cap. V. pag. 292. Verbis „*mora est ea species doli aut culpa, quae in injusta alicujus ad certitudinem redigendi aut solvendi i. e. dandi, faciendi aut accipiendi dilatione consistit.* Diesem folgt auch Thibaut im System des Pandectenrechtes §. 84.

*) Da eine jede *mora ex re* ohne *interpellatio hominis* entsteht, so ist die Beurtheilung dieser jenen Schwierigkeiten nicht unterworfen. Die Fälle, wo *mora ex re* begründet ist, hat man mehr und weniger vollständig aufgezählt: vergl. Westenberg a. a. O. §§. 71. 72. 73. und Wehrn a. a. O. §. 47. ... Statt aller hier unzweckmäßigen Darstellung einzelner Fälle ist der Grundsatz aufzustellen, daß überall *mora ex re* begründet wird, wo der von den Gesetzen oder durch Vertrag oder Testament vorgeschriebene Zahlungstermin (im weitesten Sinne) nicht eingehalten, oder *dolose* Besitz einer fremden Sache ergriffen wird. . . Die näheren Rechtsverhält-

l. 32. pr. D. de usuris „mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, id est, si, interpellatus oportuno loco, non solverit, quod apud judicem examinabitur. Nam, ut et Pomponius libro duodecimo epistolarum scribit, *difficilis est hujus rei definitio*. Divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit, an mora facta intelligatur, neque constitutione ulla neque juris auctorum quaestione decidi posse, cum sit magis facti quam juris. “ “ “

Dafs aber im *dolus* oder in der *culpa praestanda* das rechtliche Princip der mora nach der Ansicht der Römer aufzusuchen sey, d. h. dafs die mora auf einen *dolus* oder auf eine *culpa praestanda* sich gründe, wie man durchgehends behauptet, dagegen erheben sich, auch

nisse der Interpellation findet man in allen Compendien, und es ist daher ebenfalls unzweckmässig, hier ein Mehreres darüber zu erörtern.

schon aus der allgemeinen Darstellung der mora in unserer Gesetzgebung, sehr gegründete Zweifel. ... Einmal nämlich bedürfte es hiernach der vielen besonderen Fragmente, ja eines eigenen Titelabschnittes (Pand. lib. XXII. Tit. 1.) über die Bestimmung der Widerrechtlichkeit der Zögerung gar nicht, indem sie alsdann nur nach den in unserem Gesetzbuche ohnehin weitläufig erklärten Verhältnissen der Culpa zu beurtheilen wäre. Zum Andern spricht es auch laut gegen die Ansicht unserer Rechtsinterpreten, daß die Fragmente der römischen Juristen über mora nie eines bestimmten Grades der Culpa gedenken, sondern immer schlechthin sagen, „*cum per te steterit, cum per te mora fuit, cum per te factum fuit, quo minus etc.*“)“ welche

*) Vergl. L. 21. §. 3. D. de act. emt. vend. l. ult. D. de periculo et comm. rei vend. l. 5. D. de rebus credit. l. 135. D. de verbor. oblig. Nov. 91. cap. 2. l. 15. ut legatorum vel fideicommissorum.

Ausdrücke sich sämmtlich nicht nur auf jedes geringste Versehen, sondern sogar auf einen in der Person des Morosen sich ereigneten Zufall, der ihn am Leisten oder Annehmen hinderte, bezogen werden können. Endlich auch läßt sich für die bisher behauptete Beziehung der *mora* auf *culpa praestanda* nichts Gutes ahnen, wenn man erwägt, unter welchen Restrictionen nur der classische Ulpian eine *non mora* annimmt: „Sciendum est, heisst es in L. 21. D. de usuris, non omne, quod differendi causa optima ratione fiat, morae adnumerandum. Quid enim, si amicos adhibendos debitor requirat, vel expediendo debito vel fidejussoribus rogandis? vel exceptio aliqua allegetur? mora facta non videtur.“

— Und — wer aus diesen Gründen noch nicht an jener gemeinen Ansicht unserer Juristen zweifelt, wird noch weniger Trost für dieselbe finden, wenn er ein bisher ganz missverstandenes Fragment aus den Schriften des Pomponius nach einer unbefangenen

Hermenevtik prüfet — eine Stelle, die zumal in einem sehr wichtigen Pandectentitel eingetragen nur auf eine unbegreifliche Weise nicht schon längst Veranlassung zur näheren Untersuchung gab —

l. 3. §. penult. und ult. D. de actionibus emti venditi „quodsi per emptorem mora fuisset, aestimari oportet pretium, quod sit, cum agatur, et quo loco minoris sit: *mora autem videtur esse, si nulla difficultas venditorem impediat, quo minus traderet, praesertim si omni tempore paratus fuit tradere.*“““

Es ist hier nicht, wie Wehrn *) glaubt, von der mora venditoris die Rede, sondern umgekehrt von der mora emptoris; und dabei nimt Pomponius, wie seine Worte ohne gekünstelten Zusatz deutlich erklären, auf die Per-

*) A. a. O. Note 2. und pag. 309. Nota 32. circa fin.

son des Käufers durchaus keine Rücksicht: nur davon soll *mora emtoris* abhängen, ob der *Venditor* tradiren wollte und konnte — mag dann gleichwohl der emtor durch sein geringstes Versehen oder auch gar durch reinen Zufall gehindert gewesen seyn, die Sache zur bestimmten Zeit vom Verkäufer in Empfang zu nehmen: denn willkührlich den Zusatz „*neque emtor impeditus fuit*“ dem Fragmente aus Pomponius anzuhängen, ist dem Rechtsausleger nicht erlaubt, wenn er nicht durch die Combination anderer Gesetzstellen darauf mit Sicherheit hingeführt wird. Ob dieser Zusatz nun in andern Theilen unserer Gesetzgebung niedergelegt sey oder nicht? werden wir nur aus einer genauen Sammlung der diesen Rechtsgegenstand betreffenden Stellen richtig beurtheilen können. Im voraus will ich nur noch bemerken, daß das Daseyn der Mora in der Person des Creditors, so wie in der des Debtors nach völlig gleichen Grundsätzen wenigstens in Rücksicht

der Frage „ob sie von culpa abhängig sey?“ beurtheilt werden muß, denn immer ist der Creditor auch Debitor ratione accipiendi, da er eben so verpflichtet ist, zu rechter Zeit anzunehmen, als der Debitor, zu rechter Zeit zu leisten, in so ferne beide den nachtheiligen Folgen der mora entgehen wollen.

Die Hauptstelle, zwar von den meisten meiner Vorgänger *) gar nicht angeführt, aber wohl der eigentliche Sitz des richtigen Be-

*) Wehrn (pag. 310.) führt sie an, und erklärt sie auch, ungeachtet der Schluß vorzüglich nach seiner Ansicht gewiß ganz unerklärbar ist. Sein Führer hiebey ist Brunnemann. — Man merkt es der dunkeln und gestümpelten Erklärung, welche diese beiden Juristen davon geben, an, daß sie der facultas eine difficultas *culposa* entgegen setzen — dann paßt die Stelle allerdings in ihre Darstellung des Begriffes der mora: nur Schade, daß weder Anfang noch Schluß des Gesetzes jenen Gegensatz difficultatis *culposae* auch nur auf die entfernteste Weise ahnen lassen. . .

griffes der mora findet sich als Excerpt aus Venulejus in dem Titel der Pandekten de verborum obligationibus.

l. 137. §. 4. D. cit. tit. „illud inspiciendum est, an, qui centum dare promissit, confestim teneatur, an vero cesset obligatio, donec pecuniam conferre possit? Quid ergo, si neque domi habeat, neque inveniat creditorem? Sed haec recedunt ab impedimento naturali et respiciunt ad facultatem dandi. Est autem facultas personae commodum incommodumque, non rerum quae promittuntur: et alioquin, siquis Stichum dare spoponderit, quaeremus, ubi sit Stichus, aut, si *) non multum referre videatur, Ephesi daturum se,

*) So die Florentina; die Rehdigersche Handschrift lieft, *aut sic*, die Haloand. und Vulg. lesen *ut sic*, die meisten andern Ausgaben: *ut si*. — Blofs die Leseart der Florentina läfst eine vernünftige Erklärung zu.

an, quod Ephesi sit, cum ipse Romae sit, dare spondeat; nam hoc quoque ad facultatem dandi pertinet, quia et in pecunia et in Sticho illud commune est, quod promissor in praesentia dare non potest. Et *generaliter* caussa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris, pertinet, ne incipiat dici, eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit. “ “ “

Nun gehe man von der Ansicht der mora als einer culposen Zögerung aus, und versuche aus diesem Gesichtspuncte eine Erklärung der angeführten Stelle. Viel wird nicht zu Stande kommen, und gewiß nichts als eine ganz entgegengesetzte Entscheidung aller einzelnen im Fragmente aufgestellten Fragen. Wer unerwartet interpellirt kein Geld besitzt, auch keinen Dritten finden kann, der ihm eilig vorstreckt, ist rücksichtlich des Geldmangels

nicht immer in culpa — doch sagt der Jurist, die obligatio werde dadurch nie suspendirt, sondern die Nichterfüllung gereiche sogleich dem Debitor zum Nachtheile.

Jetzt, glaube ich, ist die Abstraction des Principis, wann mora begründet sey, aus Pomponius und Venulejus vorbereitet.

Es ist nichts den Rechtsforschungen der Vernunft und der Rechtsgleichheit der Geschäftsinteressenten gemäßer als dafs jeder Theil die nachtheiligen Folgen eines Mangels trägt und vergütet, welcher sich in seiner eigenen Person, auf was immer für eine Weise, gleichwohl auch durch Zufall ereignet. Reiner Sache-Mangel zur Zeit, da die Verbindlichkeit erfüllet werden mußte, schadet dagegen demjenigen Theile, welcher die Sache erhalten sollte.

Das persönliche Vermögen, einschuldiges Object zu leisten, heifst facultas dandi, und der in der Person des Verpflichteten eintretende Mangel, difficultas (non facultas).

Beide stehen also in der strengsten Beziehung auf *personae commodum incommodumque, non rerum, quae promittuntur*. Der reine Sache-Mangel heisst *impedimentum naturale*.

Vor allen Dingen muß also der Richter genau untersuchen, ob ein Sache-Mangel, ein *impedimentum naturale*, zur Zeit, da die Verbindlichkeit erfüllt werden mußte, vorhanden war? Trat ein solches *impedimentum* ein, existirte z. B. die Sache damals nicht mehr, oder, was dem casuellen Untergang gleich steht, war sie geraubt, oder vom Staate ausser dem Commerce gesetzt etc. worden *), so kann der Promissor wohl in Ansehung des

*) Wenn die Obrigkeit das vom Käufer zum Auszahlen bestimmte Kaufgeld mit Arrest belegt, so befreien ihn angesehene Männer darum von der *mora* — vergl. Höpfner Comment. §. 755. und den dort angeführten v. Pufendorf: allein hierin, da zumal von einem *genus solvendum* die Rede ist, ein *impedimentum naturale* zu statuiren, geht über alle Begriffe.

verschuldeten oder nicht abgehaltenen Naturalhindernisses in dolo oder culpa, aber nicht in einer eigentlichen mora seyn: waren aber dergleichen Umstände nicht eingetreten, und der Promissor hat auch keine gegründete Einreden gegen die vom Promissar sofort erwartete Ablieferung des Verbindlichkeitsgegenstandes, so ist jener ohne Zweifel in mora, auch ungeachtet aller etwaigen Mängel, die sich am Tage der Leistung in seiner Person gleichwohl zufällig ereigneten, und ihn an der würrklichen Leistung hinderten. Nur nach dieser Interpretation wäre dann eine andere schwere Stelle aus Pomponius, die man gerade immer zum Beweise, daß mora eine culpa unterstelle *), gebraucht hat, entwickelt,

l. 5. D. de rebus creditis. „Quod te mihi dare oporteat, si id postea perierit, quam per te factum erit, quo minus id mihi dares, tuum fore id de-

*) So auch Wehrn a. a. O. Note 2.

trimentum constat. Sed cum quaeratur, an per te factum sit? animadverti debebit, non solum in potestate tua fuerit id, nec ne; aut dolo malo feceris, quo minus esset vel fuerit (der Jurist giebt den allgemeinsten Maassstab für die Untersuchung des Richters hier an, weil nämlich jeder Geschäftsinteressent, wenigstens für dolus und culpa lata haftet), nec ne — sed etiam, si aliqua justa causa sit, propter quam intellegere deberes, te dare oportere.“““

Ausdrücklich bestätigt *Venulejus* dieses in der angeführten Stelle ganz allgemein, da er schliesst mit dem Grundsätze, „dass jeder Mangel (ohne allen Unterschied) in der Person des zum Geben oder Annehmen Verpflichteten, welcher ihn hinderte, die ihm aufliegende Verbindlichkeit seinem bereiten Mitinteressenten zu gehöriger Zeit zu erfüllen, eine mora zu des ersteren Nachtheile begründet.

Generaliter, heißt es am Schlusse der
l. 137. §. 4. D. de verbor. obligat.,
caussa difficultatis *) *ad incommodum*

- *) Dahin gehörtnach der deutlichen Bestimmung
des Gesetzes 1.) wenn man am Zahlungstage
kein Geld hat, mag man gleichwohl noch in
der vorhergehenden Nacht das zum Zahlen
bestimmte durch Raub verlohren haben, auch
nun aller angewandten Mühe ungeachtet Nie-
mand finden können, der sich zum Vorstre-
cken versteht. „Quid ergo si neque domi
habeat pecuniam (debitor) neque inveniat
creditorem? sed haec (non sunt impedimenta
naturalia) recedunt ab impedimento naturali,
et respiciunt ad facultatem (versteht sich,
auch ad difficultatem) dandi — generaliter
autem *caussa difficultatis* (promissori nocet)
ad incommodum promissoris pertinet — — —
2.) wenn man eine fremde Sache zu geben
versprochen hat, und diese der Eigenthümer
nachher nicht verkaufen will, wobey zwar
in Ansehung des Versprechens der Promissor
immer in Schuld ist — non potest (ne inci-
piat) dici, eum dare non posse, qui alienum
servum, quem dominus non vendat, dare
promiserit — der Promissor ist hier ohne
Anstand für Entschädigung gehalten — — —
3.) wenn man durch plötzliche körperliche

promissoris pertinet, non ad impedimentum stipulatoris, (seu promissarii wie der reine Sache-Mangel).

Gebrechen jeder Art gehindert wird, am Zahlungstage die Verbindlichkeit zu erfüllen, sey es auch durch Tod; im letzten Falle muß der Erbe haften, wie bey plötzlichen Gebrechen der Erblasser — der Zahlungsort ist, wenn nichts anders bedungen, da, wo sich der Gegenstand befindet, darauf kommt es also an „quod a Brundesio vinum venit, Brundesii tradi oportet l. 3. §. ult. in f. D. de act. emt. vend. — „Siquis Stichum dari sponderit, quaeremus, ubi sit Stichus? l. 137. §. 4. cit. „einerley, man mag, weil man sich an einem andern Orte, als wo der Gegenstand ist, befindet, schlechthin. d. h. ohne Meldung des Zahlungsortes versprechen, oder mit dem besonderen Zusatze desselben, wo der Gegenstand ist „aut si (quia non multum referre videatur, Ephesi daturum se vg.) an, quod Ephesi sit, cum ipse Romae sit, dare spondeat, nam hoc quoque ad facultatem (difficultatem) dandi pertinet, quia et in pecunia et in Sticho illud commune est, quod promissor in praesentia dare non potest l. 137. §. 4. cit. “ “ “

Eine von selbst sich ergebende Subsumtion unter diese Grundsätze stellt uns nun Pomponius wiederholt in der Person des Käufers dar. Da in dessen Person sich kein impedimentum naturale, kein Sache-Mangel gedenken läßt, in dem er nicht geben, sondern nur zu gehöriger Zeit empfangen muß, so entscheidet Pomponius ganz richtig, daß der Käufer immer *in mora* sey, wenn nur zur gehörigen Zeit den Verkäufer nichts hinderte, die verkaufte Sache abzuliefern.

l. 3. §. penult. et ult. D. de act. emti venditi „Quod si per emptorem mora fuisset, aestimari oportet pretium, quod sit, cum agatur, et quo loco minoris sit: *mora autem videtur esse, si nulla difficultas venditorem impediat, quo minus traderet, praesertim si omni tempore paratus fuit tradere.*“““

denn immer wäre hier nur Mangel in der Person des Käufers vorhanden, und dieser,

gleichwohl rein zufällig entstanden, kommt durchaus nicht zur Befreiung von der mora in Betracht *).

Es folgt hieraus ferner, daß kein Theil eigentlich in mora ist, wenn beide Theile zugleich nicht erschienen sind, denn an jedem liegt hier die Ursache der Nichterfüllung; es bleibt also in solchen Fällen Alles rechtliche

*) Viele Rechtsgelehrte behaupten, der Käufer müsse doch auch Zinsen des schuldigen Kaufschillings für die ihm tradirte Sache bezahlen, wenn gleichwohl der Verkäufer am Zahlungstermine nicht anzutreffen sey, (vergl. Weber Versuche über das Civilrecht §. 257. und die daselbst angeführten Leyser und Höpfner: allerdings ist er auch in diesem Falle dazu gehalten, wenn er anders Früchte von der Sache bezieht l. 13. §. 20. 21. D. de action. emt. vend. — ist dieses aber nicht, so kann der Grund, warum er Zinsen zu zahlen verbunden ist, nur in seiner mora liegen l. 5. Cod. de pact. inter emt. et vendit., welche aber keineswegs begründet wird, wenn der Verkäufer am Zahlungstage nicht anzutreffen ist, denn nun ist der Verkäufer offenbar in mora l. 17. §. 3. in fin. D. de usuris.

Verhältniß in dem Zustande, in welchem es war vor dem Eintritte der Zeit, zu welcher die Verbindlichkeit erfüllet werden sollte

l. 51. pr. D. de act. emt. vend. si et per emtorem et per venditorem mora (uneigentlich) fuisset, quo minus vinum praeberetur et traderetur, perinde esse ait (Labeo), quasi per emtorem solum stetisset (d. h. der Käufer trägt nun noch immer wie vorher den Zufall, welcher etwa an der Sache ergeht): non enim potest videri mora per venditorem emtori facta esse, ipso moram faciente emtore.“ “ “

Sind aber beide Theile zu verschiedenen Zeiten moros gewesen, so entscheidet die letzte mora zum Nachtheile desjenigen, in dessen Person sie begründet wurde,

l. 17. D. de peric. et commodo rei venditae „quodsi per venditorem et emtorem mora fuerit, labeo quidem scri-

bit, emtori potius nocere quam venditori moram adhibitam: Sed videndum est, ne posterior mora damnosa ei (emtori vel venditori) sit? — Labeo's Grundsatz, sagt Pomponius, kann misgedeutet werden, denn den Worten nach könnte man ihn auch von einer beiderseitigen mora zu verschiedenen Zeiten erklären; dann wäre er aber falsch: denn es ist genau zu prüfen, ob nicht Emtor oder Venditor zuletzt in mora war? der Letztmorose trägt allerdings den Nachtheil seiner mora — quid enim, si interpellavero venditorem, et non dederit id, quod emeram, deinde posteriore offerente illo, ego non acceperim? Sane hoc casu nocere mihi deberet. Sed si per emtorem mora fuisset, deinde, cum omnia in integro essent, venditor moram adhibuerit, cum posset se exsolvere (d. h. da der Käufer zum Empfange be-

reit war) *); *aequum est, posteriorem moram venditori nocere.*“““

Dafs die letzte mora zum Nachtheile desjenigen entscheidet, in dessen Person sie begründet wurde, ist Folge von einem naturrechtlichen Satze, nämlich von dem, dafs die Fortdauer der Gefahr der mora durch Præstition oder rechtsbeständiges Anerbieten zu leisten oder anzunehmen aufhört, mora purgirt wird. Ob das Anerbieten zu leisten oder anzunehmen rechtsbeständig ist? hat der Richter genau zu untersuchen; ist es aber in der That rechtsbeständig, so mufs nun nothwendigerweise in der Person des anderen Theiles mora entstehen, doch so, dafs dieser die Rechte, welche er aus der ersten mora erlangt hatte, nicht verliert.

l. 91. §. 3. D. de verbor. obligat. „si promissor moratus sit, haesitatur (doch zeigt schon die Ansicht der l. 51. pr.

*) So die Flor. . . Die Vulg. lieft absolvere.

de act. emt. vend., dafs Labeo wenigstens in dieser Stelle keinen Antheil an jenem Streite nahm), an, si postea in mora non fuerit, extinguatur superior mora? Et Celsus adulescens scribit, eum, qui moram fecit in solvendo Stich, quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo: esse enim hanc quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque sub auctoritate juris scientiae perniciose, inquit, erratur. Et sane probabilis haec sententia est, quam quidem et Julianus sequitur etc.“““

„l. 23. pr. D. de receptis, qui arbitr. recep. Celsus ait, si arbiter intra Kalendas Septembres dari jusserit, nec datum erit; licet postea offeratur, attamen semel commissam poenam compromissi non evanescere, quoniam semper verum est, intra Kalendas da-

tum non esse. “ “ “ add. l. 23. D. de obligat. et action.

Den Beweifs der Wahrheit beider Rechtssätze zusammen enthält

l. 135. §. 2. D. de verbor. obligat. „ Seja cavit Lucio Titio, quod mandante eo hortos emisset, cum pretium omne cum usuris ab eo recepisset, se in eum proprietatem hortorum translaturam: deinde in continenti inter utrumque convenit, ut intra Kalendas Apriles primas universam summam mandator numeraret et hortos acciperet. Quaeritur, cum ante Kalendas Apriles non omne pretium cum usuris a Lucio Titio Sejae solutum sit, interposito tamen modico tempore reliquum pretium cum usuris Sejae Titius solvere paratus fuerit, neque Seja accipere voluit, et usque in hodiernum per Titium non stet, quominus reliquum solvat (Weil die Seja es immer noch

nicht annehmen will): an nihilo minus Lucius Titius Sejae universam pecuniam solvere paratus (si) sit, ex stipulatu agere possit? Respondit posse, si non multo post obtulisset, nec mulieris quidquam propter eam moram interesset; quod omne ad judicis cognitionem remittendum est.“““ Die Seja muß also noch annehmen, vorausgesetzt nur, daß ihr das Object, zur Zeit der Oblation noch, nicht mehr unbrauchbar ist; nimmt sie also zur Zeit da sie anzunehmen schuldig ist, nicht an, ohne erheblichen Grund, so entsteht nun in ihrer Person mora, doch muß ihr der Schade, den sie durch die mora des Titius erweislich erlitten hat, ersetzt werden, wenn sie darauf dringt. Nimmt sie aber das Oblatum an, ohne ihre Interesseforderung zugleich zu wahren, so findet unsere Ge-

setzung in dieser schlechthinigen
Annahme einen Verzicht darauf. l. cit.
23. pr. in fin. de recept qui arbitr. re-
cep. etc.

Es finden sich mehrere Stellen in unserem Ge-
setzbuche, welche die mora doch immerhin
unter culpa su subsumiren scheinen, wie sie
wenigstens von unseren juristischen Schrift-
stellern erklärt worden sind. Könnten sie
nicht anders, als bisher geschehen, erklärt
werden, so würden die l. 137. §. 4. de verb.
obligat. „l. 5. D. de rebus creditis“ und l. 3.
§. ult. D. de act. emt. vend. in Verbindung mit
jenen dreierlei Gründen, welche ich gegen
die Ansicht der mora, wie einer Art von culpa,
oben ausführte, so stark dagegen streiten,
daß nur reine Antinomien übrig blieben.
Darum müßte schon eine, wenn gleich nicht
im höchsten Grade zuverlässige, Conciliation
dieser für die bisherige Ansicht aufgeführten
Stellen mit jenen drey von Venulejus und
Pomponius Eingang finden. Doch, glaube

ich, ist es gar nicht nöthig, auf solch ein Hilfsmittel hier zu provociren. Die Wichtigkeit der Interpretation heischt, daß ich jene Stellen wörtlich aufzeichne.

Wehrn *) beruft sich auf

1.) l. 37. in f. D. mandati „ . . . Si aut per promissorem steterit, quo minus sua die solveret, aut per creditorem, quo minus acciperet, neutri eorum *frustratio* sua prodesse debet.“ “ “

l. 3. §. ult. D. de usuris „Si auro facto per fideicommissum relicto mora intervenerit, an usurarum aestimatio facienda sit? tractari solet. Plane, si materiam istam ideo reliquit, ut ea distracta pecuniaque resecta fideicommissa solverentur aut alimenta praestarentur, non oportere *frustrationem* impunitam esse, respondi.“ “ “ l. 41. pr. eod.

„Si *frustratoriam* morandi causa ap-

*) Im angeführten Werke Cap. 5. §. 44. Note 1.

pellationem interpositam animadverteret.“ “ “

Aus diesen Fragmenten ersehen wir, daß mora auch frustratio genannt wird — gewiß eine sehr schickliche Synonyme! denn frustrari bedeutet an sich nichts anders, als einen Dritten die Erfüllung unserer Verbindlichkeit umsonst von uns erwarten lassen — daß die frustratio oder mora ihren Grund in einer culpa oder auch in einem dolus des Morosen haben kann, ist ausser Zweifel; daß diese aber deren ausschließlicher oder nothwendiger Grund ist, sagen die angeführten Stellen gar nicht: die erste wenigstens begreift in ihrer Allgemeinheit auch deutlich solche Fälle, wo reiner Casus in der Person des Promittenten oder Promissars die Leistung oder Annahme hinderte.

2.) Auf l. 36. de solut. „Si solvere me parato tu aliqua ex causa accipere nolles: in qua specie non utique semper tuum periculum erit; quid enim

si inoportuno tempore vel loco obtulerim?“ “ l. 72. eod. „qui decem debet, si ea obtulerit creditori, et ille sine justa causa ea accipere recusavit“ “ l. 17. de constituta pecun. „sed et si alia die offerat, nec actor accipere voluit, nec ulla causa justa fuit non accipiendi, aequum est, succurri reo“ l. 23. §. 1. D. de receptis etc. „Celsus ait, si arbiter jusserit me tibi dare (intra Kalendas Septembres, muss aus dem Princip der Stelle hinzugedacht werden), et valetudine sis impeditus, quominus acciperes aut alia justa ex causa, Proculum existimare, poenam non committi, nec si post Kalendas te parato accipere non dem. Sed ipse (Celsus) recte putat, duo esse arbitri praecepta: unum, pecuniam dari, aliud, intra Kalendas dari. Licet igitur in poenam non committas, quod intra Kalendas non dederis, quoniam per te

non stetit, tamen committis in eam partem, quod non das.“ “ “

Die ersteren drei Stellen sagen, der erschiene Creditur sey in mora accipiendi, wenn er keine gegründete Ursache der Nichtannahme erweisen könne. — Ganz richtig, denn hat er gegründete Ursachen, die Annahme jetzt zu verweigern, so kann ihm daraus kein Nachtheil erwachsen: eben so wohl dürfte es in diesen Gesetzstellen heißen, wenn er gegründete Ursachen des Nichterscheinens hätte, so wäre er doch nicht in mora; denn immer würde nun noch erst die Frage entstehen, welche Ursachen hierzu, ohne mora zu bewirken, gegründet seyen? Diese Frage ist in den drei ersten Stellen gar nicht, so wie auch nirgends bestimmt, beantwortet, sondern bleibt dem richterlichen Ermessen nothwendigerweise anheimgestellt, und hängt von der Oportunität der Zeit, des Ortes und der Art zu zahlen etc. ab: nur so viel ist durch LL. 137. §. 4. de Verbor. Obl. l. 5. D. de reb.

cred. und l. 3. §. ult. D. de act. emt. vend. bestimmt, daß den Creditor kein, gleichwohl zufälliger, Fehler in seiner Person, der ihn am Erscheinen oder Annehmen hinderte, entschuldigt. Und hiergegen sagt die letzte Stelle (l. 23. §. 1. de recept.) gewiß nichts; sie bestärkt nur diesen Grundsatz noch mehr, und wird dafür eine wahre Beweisstelle, wenn man sie nur aus Quellen innerer Rechtsgeschichte zu erklären weiß. Wer sich, wie Wehrn, eine non mora auf Seiten des durch zufällige Krankheit oder sonstige erhebliche Gründe am Erscheinen Gehinderten daraus abstrahirt, verdreht den klaren Wortverstand des Fragmentes, denn durch dieses Nichterscheinen soll ja nach Proculus nicht der Nichterscheinende, sondern umgekehrt dessen erschienenener Mitcontrahent gewinnen. Proculus muß also nothwendigerweise mit Pomponius und Venulejus einerlei Begriffe von der Begründung der mora durch gleichwohl rein zufällige Mängel in der Person

desjenigen, welcher dadurch am Erscheinen zu gehöriger Zeit behindert wäre, gehabt haben. Dafs er aber dem erschienenen Mitcontrahenten mehr Begünstigung zukommen liefs, als Ulpian, kann nicht aus den Worten des Fragmentes, sondern nur aus einem anderen juristischen Gesichtspuncte erklärt werden. Eben dieser Celsus (adolescens), dessen Ulpian im Anfange der Stelle erwähnt, erzählt uns in der oben angeführten l. 91. §. 3. D. de verborum obligationibus, dafs zu seiner Zeit noch Streit darüber war, ob der, welcher einmal moram begangen hatte, durch nachmalige Bereitwilligkeit, der Verbindlichkeit seiner Seits Genüge zu leisten, seine ehedemige mora verbessern oder die Fortdauer derselben aufheben könne, und dadurch also auch mora in der Person des Mitcontrahenten denkbar werde oder nicht?

„Si moratus sit, *haesitatur*, an, si
 „postea in mora non fuerit, *extingua-*
 „tur superior mora?“““

Man muß also hier annehmen, wie es dann gewiß nicht anders war, Proculus habe die Meinung vertheidigt, daß derjenige, welcher Anfangs in mora war, nie seinen Mitcontrahent nachmals in moram versetzte.

Westenberg*) deducirt seine Rechtfertigung aus

l. 63. de reg. jur. „qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur moram facere“““ l. 31. D. de re judicata „debitoribus non tantum petentibus dies ad solvendum dandi sunt, sed et prorogandi, si res exigat: siqui tamen per contumaciam magis, quam quia non possint explicare pecuniam, differant solutionem; pignoribus captis compellendi sunt ad satisfaciendum“ l. 23. D. de usuris „si reipublicae causa abesse subito coactus sit, ut defensionem

*) Princip. jur. secundum ordinem Digestorum lib. XXII. Tit. 2. §. 69.

sui mandare non possit, moram facere non videbitur, sive in vinculis hostiumve potestate esse coeperit “ “ “ l. 24. eod. „siquis solutioni quidem moram (uneigentlich) fecit, iudicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram; utique, si juste ad iudicium provocavit *). “ “ “

In der That beweisen diese Stellen für den gemeinhin angenommenen Begriff der mora so wenig, als die, welche Wehrn aufführte, sie können aber nur dann erst erklärt werden, wenn wir vorher die Frage beleuchtet haben, ob der Beklagte schon als solcher in mora nach der Ansicht der Römer war? Dieß ist zwar in unserem Gesetzbuche

*) Auch Wehrn führt diese und die erste Stelle an, nebst der l. 12. §. ult. D. depositi. Die richtige Erklärung dieser Stellen insgesamt hängt von der jetzt zu erörternden Frage ab „ob der Beklagte als solcher in mora ist.“

nicht buchstäblich, aber doch durch die in der Person des Beklagten als solchen gesetzten Prästationen entschieden. Unbedingt trägt der Morose den casus, wie wir unten hören werden: ob ihn nun auch der Beklagte als solcher trägt oder nicht, daraus wird erhel-
len, ob er in mora ist oder nicht.

Die römischen Schulen waren hierüber im Streite. Proculus verurtheilte den Beklagten als solchen immer zum Ersatz des Zufalles, vorausgesetzt, daß er im Streite unterlag.

l. 40. pr. D. de hereditatis petit „illud quoque, quod in oratione Divi Hadriani est: *ut post acceptum iudicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petiit, restituta esset hereditas*: interdum durum est. Quid enim, si post litem contestatam mancipia aut jumenta aut pecora deperierint? damnari debebit secundum verba orationis, *quia potuit petitor, restituta hereditate, distraxisse ea. Et hoc jus-*

tum esse (nicht nur bei Erbschaftsklagen sey dieses Rechtens, sondern auch bei) *in specialibus petitionibus Proculo placet.* “ “ “

Cassius behauptete gerade das Gegentheil.

„Cassius, fährt Paulus in der eben
„angeführten l. 40. pr. de heredit. pe-
„tit. fort, *contra sensit.* “ “ “

sogar prästirte nach der Meinung von Cassius der *malae fidei possessor*, wenn während des Streites die Sache bei ihm durch einen natürlichen Zufall, d. h. durch einen solchen, der in der Natur des Objectes seinen Grund hat *), umkam, diesen nicht, weil seiner Meinung nach das Object doch auch bei dem Kläger umgekommen seyn würde.

l. 14. §. 1. D. depositi „sive cum ipso,

*) Ein solcher ist wohl hier nur beispielsweise angeführt, und sicher gieng diese Meinung des Cassius auf jeden reinen Zufall, welcher sich auch im Besitze des Klägers ereignet hätte.

apud quem deposita res est, actum fuerit, sive cum herede ejus, *et suae natura* res ante rem judicatam intercederit, veluti *si homo mortuus fuerit*, *Sabinus et Cassius*, absolvi debere eum, cum quo actum est, dixerunt, quia aequum esset, naturalem interitum ad actorem pertinere, utique cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori. “ “ “

Cassius nahm also auf die Möglichkeit, daß der Kläger die Sache, falls sie ihm zugestellt worden wäre, veräußern gekonnt hätte, durchaus keine Rücksicht. . .

Paulus, dessen Meinung für uns die gesetzliche ist, würdigte am Schlusse der angeführten l. 40. pr. die Behauptungen des Proculus und Cassius nach der Philosophie des Rechtes sehr richtig dahin:

„In praedonis persona *Proculus* recte existimat, in bonae fidei possessoribus *Cassius*. Nec enim debet posses-

sor aut mortalitatem praestare aut propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere. “““

Schon vor Paullus berichtigte Pomponius in so weit die Meinung des Cassius eben so, nur etwas dunkler.

l. 12. §. ult. D. depositi „quemadmodum quod ex stipulatu vel ex testamento dari oporteat, post judicium acceptum cum detrimento rei periret, sic depositum quoque eo die, quo depositi actum sit, periculo ejus, apud quem depositum fuerit, est, si judicii accipiendi tempore potuit id reddere reus nec reddidit.“““

Es ist ja sehr klar, daß bei Stipulationen und bei Forderungen eines Testamentsverlasses gegen den Erben oder Miterben so wenig als bei Rückforderung eines Depositums bona fides auf Seiten des Beklagten denkbar ist, denn alle Einreden fallen rechtlich bei dem

so sehr begünstigten Depositum weg *), und eben so ist in Ansehung der beiden anderen Forderungsverhältnisse Alles für sich selbst klar **).

Viele zweifeln noch daran, ob die eben angeführte Entscheidung des Paulus für uns Gesetz geworden sey, weil doch Ulpian, sein Zeitgenosse, noch gelehrt habe „*si servus petitus vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris, pretium non esse praestandum plerique ajunt. Sed*

*) Die Wahrheit dieser Behauptung, woraus allein die angeführten ll. 14. §. 1. und 12. §. ult. D. depos. erklärt werden können, geht aus der rechtlichen Natur des Depositums hervor: besonders versichert sie noch *Paulus* in l. 13. pr. D. eod. „*siquis inficiatus sit, non adversus dominum, sed, quod eum, qui rem depositam petebat, verum procuratorem non putaret, nihil dolo malo facit: postea autem si cognoverit, cum eo agi poterit, quoniam nunc incipit dolo malo facere, si reddere eam non vult.*“““

**) S. l. 82. §. 1. de verb. obl.

est verius, si forte distracturus erat petitor, si accepisset (wenn die Veräußerung von Seiten des Klägers nur möglich war), moram passo debere praestari; nam, si ei restituisset, distraxisset (wird zu Gunsten des Klägers rechtlich für gewiß angenommen), et pretium esset lucratus.““ Allein diese Stelle, wie ich schon in meiner Abhandlung über Culpa gelegenheitlich bemerkt habe, ist in Verbindung mit §. 1. eod. und l. 12. eod. nur vom malae fidei possessor, nicht aber auch vom bonae fidei possessor, zu verstehen. In l. 12. sagt Paulus „si vero malae fidei sit possessor, qui rem subtractam alio transtulerit, illic restituere debet, unde subtraxit, sumptibus suis.““ — In l. 13. fährt Ulpian unmittelbar fort „non solum autem rem restitui, verum et, si deterior res sit facta, rationem iudex habere debebit“ ohne hinzuzusetzen, daß die Deterioration gerade während des Streites erst geschehen sey, und in l. 15. §. 1. „si fructus perceptos distraxit, ne cor-

rumpantur, non amplius, quam pretium, praestabit“““ welches alles nicht vom bonae fidei possessor verstanden werden kann, da dieser bekanntlich (l. 25. §. 11. D. de hered. petit. §. 25. J. de rer. divis. l. 4. §. 2. fin. reg. §. 2 J. de offic. jud.) keine Deterioration vergütet, noch auch den Werth verkaufter Früchte ersetzt. Hieraus wäre es also erwiesen, daß die späteren Juristen einstimmig in der Person des Beklagten als solchen die Verpflichtung zum Ersatze des Zufalles nicht mehr behaupten.

Wenn nun das Litigiren nicht sofort würckt, daß der Beklagte den Casus ersetzen muß, so ist hiermit erklärt, daß der Beklagte als solcher nicht *in mora* ist. Der Begriff der mora, wie wir denselben aus Venulejus und Pomponius oben festgesetzt haben, bestehet also ganz gut mit den Sätzen, daß nur der in mora ist, welcher dolose den verdammanden Spruch abwartet, und

der Beklagte sonst immer juste ad iudicium provocirt, wenn er gleichwohl wegen nicht gegründeter Einreden, nicht erbrachten Beweises etc. *) verurtheilt werden sollte (l. 63. de reg. jur. l. 24. de usuris l. 40. pr. de hereditatis petitione), auch in Rücksicht der Abhaltung äußerer schädlichen Umstände qua administrator rei sub conditione alienae für jedes geringste Versehen haftet. So wenig nun der, welcher nicht dolose Prozeßs führt, in mora ist, eben so wenig kann der als moros angesehen werden, welcher so eilig eine Reise in Staatsgeschäften antreten mußte, daß er keinen Bevollmächtigten in seiner Prozeßsache bestellen oder zurücklassen konnte, oder durch Gewalt der Feinde u. d. gl. daran gehindert ward (l. 23. de usuris). Und wenn dann nach verlornem Prozesse der verurtheilte Schuldner kein Geld zur Befriedigung

*) Juris ignorantia suum petentibus non nocet,
l. 7. de iur. et facti ignor.

seines Gläubigers geschwinde herbeischaffen kann, ihm demnach eine kleine Frist dazu vom Gesetz gegeben wird und vom Richter gestattet werden muß, wie es in l. 31. D. de re judic. heisst, so ist gewifs hier an das Daseyn einer Mora nicht zu dencken, indem der rechtliche Termin zur Auszahlung durch den Richterspruch erst bestimmt wird, weil gerade dem Beklagten, der doch in bona fide immer war, nicht zum Nachtheile gereichen darf, daß er vor Beendigung des Prozesses sich nicht darauf richtete, nach etwa schlecht ausgefallenem Urtheile sogleich zahlen zu können. . . Wer zwar nicht in dolo, auch wegen nicht geschehener Interpellation nicht in mora ist, doch aber auf die zum erstenmale gleich gerichtlich erlassene Interpellation das Debitum im strengen Sinne, ohne auf Einreden sich zu gründen, gestehet, ist allerdings nach dem strengsten Sinne in mora, indessen kann ihm doch auch eine ganz kurze Zahlungsfrist vom Richter bewilliget werden,

wenn er kein Geld bereit hat, da hier nur von Verzugszinsen einer bedeutenderen Zögerung, übrigens von keiner andern Folge der mora die Rede seyn könnte *).

Keine Gesetzstelle ist also meiner Erklärung des Begriffes der mora entgegen: zwar habe ich von der l. 137. §. 2. D. de verborum obligat. **) bis hierher gar nichts erwähnt,

*) Dahin gehört l. 21. D. de judic. „si debitori meo velim actionem edere; probandum erit, si fateatur se debere paratumque se dicat solvere, audiendum eum, dandumque diem cum competenti cautela (idonee caventi) ad solvendam pecuniam; neque enim magnum damnum est in mora modici temporis.““““
Vergl. noch l. ult. D. de peric. et commod. rei vend. „venditori si emtor in pretio solvendo moram fecit, usuras duntaxat praestabit.““““

**) „Cum ita stipulatus sum, Ephesi dari: inest tempus — quod autem (tempus) accipi debeat? quaeritur. Et magis est, ut totam eam rem ad judicem remittamus, qui aestimet, quanto tempore diligens paterfamilias conficere possit, quod facturum se promiserit; ut

ohngeachtet viele meiner Vorgänger ihren Begriff der mora darauf gründen; allein sie verdient entweder gar keiner, oder höchstens einer beiläufigen Erwähnung, indem sie keineswegs von der Nichteinhaltung eines festbestimmten Termines, welchen doch die mora voraussetzt, spricht, sondern nur für solche Fälle, wo die Parthei den Termin unbestimmt gelassen haben, auch nicht die Natur des Geschäftes (wie doch z. B. beim Kaufe die Ablieferung der Waare oder die Einhändigung des Kaufschillinges) den Termin bestimmet, denselben ansetzt, und zwar begreiflich *secundum modum diligentis patrisfamilias*.

neque diebus ac noctibus omnique tempestate iter continuare cogatur; neque tam delicate progredi debeat, ut reprehensione dignus appareat, sed habita ratione temporis, aetatis, sexus, valetudinis, cum id agat, ut mature perveniat, id est eodem tempore, quo plerique ejusdem conditionis homines solent pervenire. Eben so ist es mit l. 15. eod.

Ehe ich zu den Wirkungen der mora über-
gehe, kann ich, durch Wehrn veranlaßt,
die Frage nicht umgehen, ob, wenn z. B. der
Debitor absichtlich, der Creditor nicht
absichtlich, beide zugleich, zögern, keine
Compensation der beiderseitigen Mora Statt
hat? Wehrn *) sagt von solchen Fällen

„quòdsi et debitor et creditor moram
„fecerit, in pari caussa mora morae
„compensatione lenienda, re (vero)
„in caussa morae dispari revocanda ad
„justum iudicis arbitrium definituri v.
„c. praestandum esse dolum, si alter
„culpa tantum moram, alter dolo fece-
„rit malo.“

Hiergegen wird jeder Sachkundige mit mir an
den philosophischen Gesichtspunct Labeo's
sich erinnern „non potest videri mora per
venditorem emtori facta esse, ipso moram

*) Im angeführten Werke pag. 330. 331 332.

faciente emtore*) — und wer davon überzeugt ist, daß die Mora keinen Dolus auch keine Culpa unterstellt, und der Morose, wie wir unten hören werden, doch auch das damnum und lucrum vergüten muß, der wird hieraus ohne Mühe die Beantwortung einer weiteren Frage, „ob der ex dolo zuerst zögernde Verkäufer dem sine dolo nachher zögernden Käufer mehr (nämlich ex capite doli) vergüten müsse, als wenn er (der Verkäufer) ohne Dolus gezögert hätte“ entnehmen. . . Wehrn beruft sich zwar auf l. 51. §. 1. de act. emt. vend. **); allein in dieser Stelle wird nur ge-

*) Vergl. l. 51. princ. D. de actionibus emti venditi.

**) Quodsi fundum emisti ea lege, ut des pecuniam Kalendis Juliis, etsi ipsis Kalendis per venditorem esset factum, quo minus pecunia ei solveretur, deinde per te staret, quo minus solveres: uti posse adversus te lege sua venditorem dixi, quia in vendendo hoc ageretur, ut, quandoque per emtorem factum sit, quo minus pecuniam solvat, legis poenam pa-

sagt, der Verkäufer könne den auf den Fall der mora des Käufers für sich abgeredeten Vortheil in Anspruch nehmen, wenn er anders die mora des Käufers nicht selbst dolose veranlaßt hätte — diese Rechtswahrheit beweist die logisch unrichtige Ideen des Herrn Prof. Wehrn gar nicht.

Die vorzüglichsten Wirkungen*) der mora sind, außer den etwa besonders verabredeten, gesetzlich dahin bestimmt:

1.) der morose Creditor kann seit seiner mora nur noch die Præstation des Dolus (und der culpa lata) vom Mitcontrahenten fordern

l. 17. pr. D. de periculo et commodo

tiatur: Hoc ita verum puto, nisi si quid in ea re venditor *dolo fecit*“ (dieß wäre ja eine sehr sonderbare Umschreibung des Satzes, nisi venditor ex dolo moram fecerit: es soll aber auch etwas ganz anders bedeuten).

*) Mehrere andere finden sich in l. 95. §. 1. D. de solut. und in l. 6. Cod. de pact. inter empt. et vendit.

rei vend. „illud sciendum est, cum moram emtor adhibere coepit, jam non culpam, sed dolum malum tantum praestandum a venditore *).

und zwar, sollte die Sache dadurch zu Grunde gegangen seyn, nur den geringsten Werth, welchen sie zur Zeit der angestellten Klage

*) Hierher gehören auch l. 9. §. 5. und l. 8. §. 3. D. de rebus auctoritate judicis possidendis. — Auch ist dieser von Pomponius in l. cit. 17. vertheidigte Satz von Paulus bestätigt in l. 5. D. de peric. et comm. rei vend. „si per emptorem steterit, quo minus ad diem vinum tolleretur, postea, nisi quod dolo malo venditoris interceptum esset, non debet ab eo praestari.“““ Es ist doch sonderbar, daß der von seinen Nachfolgern als Classicker betrachtete Wehrn, welcher mehrere tausend Gesetze in seinem Werke aufführt, diese l. 5. für mutilirt ausgiebt (pag. 322. Note 20.) und ohne auf die l. 17. zu achten pag. 345. niederschreibt „efficit mora creditoris, ut, si quidem debitor sine culpa sua (gewiss levi) oblatum creditori atque ab hoc recusatum perdidit, pro soluto id habendum sit, in quo creditor accipiendo moram fecerit!!!“

an dem Orte hatte, wo sie tradirt werden mußte

l. 3. §. 3. D. de act. emt. vend. „quodsi per emtorem mora fuisset, aestimari oportet pretium, quod sit, cum agatur, et quo loco (vel quo venit vel ubi agatur) minoris sit. Item (wenn nämlich die Sache an einem andern Orte, als wo sie verkauft wurde, und doch auch nicht an einem vertragsmäßig verabredeten Zahlungsorte, zu tradiren ist) non oportet, ejus loci pretia spectari, in quo agatur, sed ejus, ubi vina tradi oportet, nam, quod a Brundesio vinum venit, etsi venditio alibi facta sit, Brundesii tradi oportet“““

2.) der morose Debitor muß

a.) Zinsen des Verzuges (in den bonae fidei judiciis) zahlen

l. 3. pr. l. 32. §. 2. l. 34. D. de usuris

l. 87. §. 1. D. de legat. II.

b.) auch alles Interesse, das *damnum* sowohl als das *lucrum* *) vergüten

l. 21. §. 3. D. de act. emt. vend. l. 1.

D. eod. l. 2. §. 8. D. de eo, quod certo loco.

Aus diesen Stellen ist immer soviel gewiss, daß der *Morosus* zum Ersatze des *Lucrum* verpflichtet ist — nur die Berechnung desselben ist nach eben diesen Stellen von je her wie ein unauflöslicher Knoten betrachtet worden. Auch ich versuche die Auflösung nicht hier, versichere aber, dieselbe unten in einem eigenen Abschnitte zu geben.

c.) auch den *Casus*, welcher sich an der Sache ereignet, unbedingt vergüten, vorausgesetzt nur, daß es nach den

*) Wehrn (im angef. Werke pag. 343.) behauptet ebenfalls, der morose Debitor müste das *Lucrum* vergüten, da er doch dem Begriffe der *mora* eine *culpa praestanda* unterschiebt, und das *Lucrum* an einem anderen Orte (§. 53.) von der *culpa lata* abhängig macht!

gegebenen Umständen dem Creditor nicht ganz unmöglich gewesen wäre, dieselbe, wenn er sie zu rechter Zeit erhalten hätte, an einen Dritten zu verkaufen.“““ Dies ist die Meinung von Proculus *). —

Einen strengen Beweis, daß er sie gewiß verkauft hätte, fordern die Gesetze nicht, und sie befreien daher den morosen Debitor vom Ersatze des Casus keineswegs, wenn dieser sich gleichwohl auch während eines fortgesetzten Besitzes des Creditors ereignet hätte. — So ist es nicht nur beim Dieb und Räuber, sondern auch bei jedem andern bonae oder malae fidei Besitzer **); in Ansehung dieser

*) Vergl. l. 40. pr. D. de hereditat. petit. verb. „quia potuit petitor, restituta hereditate, distraxisse ea.“““

**) Ganz richtig urtheilt Westenberg in princ. jur. secund. ordin. Digest. lib. XXII. Tit. II. §. 75. Nr. III. „mora periculum rei transfert

beiden letzteren berücksichtigten zwar Cassius und seine Anhänger *) den Umstand, ob die Sache nicht auch bei dem Creditor erweislich verblieben und umgekommen seyn würde; und dieser Meinung folgten die meisten unserer juristischen Schriftsteller, in dem Glauben, die Meinung des Proculus sey durch die jüngsten Fragmente der Pandecten verdrängt worden **). Der Beweis des Gegen-

in debitorem.“ Alle andere mir bekannte Schriftsteller (ausser v. Löhr) trennen den fur et praedo von andern Besitzern, und legen nur jenen die unbedingte Verbindlichkeit auf, für den Casus zu haften.

*) Vergl. l. 14. §. 1. Dig. Depositum.

**) Vergl. H. Donellus und Duaren. in Comment. ad leg. 23. D. de Verbor. obligat. — *Wehrn doctrina juris explicatrix princip. et caussar. damni praestandi* pag. 336. 337. . . Glück ausführliche Erläuterung der Pandecten Th. IV. Abtheil. II. S. 416. . . Sie schliessen diefs aus l. 40. de hered. petit., wo Paullus doch nur in der Person des Beklagten als solchen der Cassiusschen Milde in so fern das Wort spricht, dass dieser nicht

theiles hiervon ist aber in der That sehr leicht.

l. 47. §. 5. D. de legat. I. „si fundus chasmate perierit, Labeo ait, utique

sofort in mora sey. Höchstsonderbar ist es hierbei, daß alle diese Schriftsteller eine Stelle für sich anführen, welche zwar nur auf den malae fidei possessor gerichtet ist, aber doch unmöglich deutlicher gegen sie sprechen kann. — Diese ist l. 12. §. 4. D. ad exhibendum „si post iudicium acceptum homo mortuus sit, quamvis sine dolo malo et culpa possessoris, tamen *interdum* tanti damnandus est, quanti actoris interfuerit, per eum non effectum, quo minus tunc, cum iudicium acciperetur, homo exhiberetur, *tanto magis*, si apparebit, eo casu mortuum esse, qui non incidisset, si tum exhibitus fuisset.“ „“ Der Satz „tanto magis si etc. enthält doch gewiß nicht die Erklärung des Satzes „*interdum*, und ist kein beschränkender Satz, sondern spricht nur von einem „*a potiori*“ — das *interdum* geht auf den von ebem dem Juristen. von welchem diese Stelle ist (Paulus), in l. 40. de heredit. petit. niedergelegten Unterschied zwischen dem bonae und malae fidei possessor.

aestimationem non deberi: quod ita
verum est, si non post moram factam
id evenerit: *potuit enim legatarius ac-
ceptum eum vendere.*“““

Hätte der Legatar den Fundus in Besitz bekom-
men, so wäre er eben sowohl durch den Erd-
fall zu Grunde gegangen, wie es geschah wäh-
rend des Besitzes des Erben — und doch sagt
Ulpian, der morose Erbe hafte für diesen
Casus — — nach einer reinen Interpretation
dürfte auf den Grund „*potuit enim*“ etc. ei-
gentlich gar keine Rücksicht genommen wer-
den: will man aber nun doch Rücksicht dar-
auf nehmen, so spricht derselbe offenbar nur
die Möglichkeit, nicht die Wirklich-
keit einer Verkaufsgelegenheit aus. Da Ul-
pian hier eine ganz allgemeine Regel für den
nach der mora sich ereignenden Casus auf-
stellte: wie konnte er sagen „ein Legatar
(*in genere*) hätte wirklich Gelegenheit gehabt,
den Fundus, der ihm vermacht, aber vom Er-
ben nicht zu gehöriger Zeit abgeliefert wor-

den war, zu verkaufen? . . . Auf die bloße Möglichkeit zu verkaufen, auf das vielleicht Verkaufen (wie Ulpian, zwar nur von einem *malae fidei possessor*, in l. 15. §. 3. D. de rei vindic. ;, *si forte distracturus erat petitor, si accepisset*“ sich ausdrückt) kommt Alles an, ohne daß der Creditor weiteren Beweifs hierüber zu erbringen nöthig hat. Wäre z. B. das verkaufte Thier nicht sogleich bei dem Eintritte der *Mora* des Verkäufers zufälligerweise umgekommen, so, daß es also dem Käufer nicht ganz unmöglich gewesen wäre, dasselbe weiter zu verkaufen, so wird zu des Käufers Gunsten die bloße Möglichkeit als wahre Wirklichkeit rechtlich angesehen *)

*) Da der Morose durch seine *mora* dem Creditor alle Gelegenheit, die Sache an einen Dritten zu verkaufen, benimmt, so verdient die Meinung des *Proculus* allerdings auch nach der Philosophie des Rechts den Vorzug. Wie häufig hängt nicht alle Veranlassung zum Kaufen von der Ansicht der gegenwärtigen Sache ab? Wer weiß nicht, daß sich wohl

(nam, si ei restituisset, fährt die Stelle fort, *distraxisset, et pretium esset lucratus*).

Gegen Cassius entschieden lange vor Ulpian schon die angesehensten Juristen *),

sehen Käufer für eine Sache einfinden, welche ihnen sogleich realiter zugestellt werden kann, dagegen noch nicht Einer eine Sache zu kaufen Lust hat, welche erst von einem dritten Besitzer abgefordert werden müßte. Diefs vorausgesetzt wäre im Zweifel, ob die bloße Möglichkeit des Verkaufes in Wirklichkeit, wie so leicht zu denken ist, übergegangen wäre, wohl richtiger gegen den Hindernden als gegen den Behinderten zu sprechen.

*) Vorzüglich gehören hierher Julian, African und Pomponius. l. 23. D. de constituta pecunia „promissor hominis, *homine mortuo*, cum per eum stareb, quo minus traderetur, etsi hominem daturum se constituerit, de constituta pecunia tenebitur, ut pretium ejus solvat. — Ein Constitut setzt ja eine schon gegründete Schuld voraus — — l. 108. §. 11. D. de legat. 1. „siservus legatus sit, et moram heres fecerit, periculo ejus et vivit et deterior fit“““ l. 23. D. de verbor. obligat. „si ex legati causa aut ex stipulatu hominem

und da auch nebst Ulpian einige andere der jüngsten, ein Marcian und Paulus die Meinung des Proculus, zwar ohne den philosophischen Grund davon anzuführen, vertheidigten, so ist deren Vorzug nach Justinian's Absicht gewifs keinem Zweifel unterworfen.

l. 5. §. ult. D. de in litem jurando
„plane interdum et in actione stricti
judicii in litem jurandum est, *veluti*
si promissor Stichum moram fecerit, et

certum mihi debeas, non aliter post mortem ejus teneris, quam si per te steterit, quominus vivo eo eum mihi dares.“ In diesen Stellen ist das „potuit enim vendere“ ausgelassen, weil es nichts anders als Möglichkeit einer Verkaufsgelegenheit heisst, welche sich überall der Regel nach von selbst versteht. Wenn es die erwiesene Wirklichkeit einer Verkaufsgelegenheit bezeichnete, so versteht sich diese so wenig von selbst, dass sie in einem jeden Fragmente nothwendigerweise ausdrücklich hinzugesetzt werden müsste.

Stichus decesserit“““ l. 30. §. 1. D. de jurejurando „Si juravero, te Stichum mihi dare oportere, qui non sit in rerum natura, nec aestimationem mihi praestare reus debet, *nisi ex causa furtiva vel propter moram*; tunc enim *etiam post mortem servi aestimatio praestatur*.“““ Wer wird hiernach noch zweifeln, daß die mora des bonae oder malae fidei Besitzers, so wie die des fur oder praedo nach einerlei Grundsätzen in Betreff des Ersatzes des Casus beurtheilt werden! —

P a c t u m.

Die sicherste Weise, wie sich ein Geschäftsinteressent gegen Schaden decken kann, besteht darin, daß er den andern zum Versprechen, für allen Schaden ihm haften zu wollen, bewegt. Das ausdrückliche Versprechen hierüber bedarf keiner Erläuterung, denn die Contraverse „ob der, welcher dieß Verspre-

chen giebt, oder ganz allgemein den Schaden zu vergüten verspricht,“ auch für die ungewöhnlichsten Zufälle hafte, ist hermeneutisch nicht anders als bejahend zu entscheiden *): dagegen verdient die aestimatio venditionis causa als Abart **) eines stillschwei-

*) Die Rechtsgelehrten sind theils dieser theils der entgegengesetzten Meinung. Vergl. Glück ausführliche Erläuterung der Pandecten §. 327. — Zwar bedürfte unsere Behauptung, da sie aus einer reinen Interpretation der Verträge fließt, keiner besonderen gesetzlichen Bestätigung; doch fehlt es auch nicht an dieser „*frumenta*, sagt *Lab eo l. 78. §. 7. D. de contrahenda emtione, quae in herbis erant, cum vendidisses, dixisti: si quid vi aut tempestate factum esset, praestaturum* (ganz allgemein durch Wetterschäden) — *ea frumenta nives corruperunt: si immoderatae fuerunt et contra consuetudinem tempestatis, agi tecum ex emto poterit*“““

**) Dergleichen stillschweigende Versprechen lassen sich sehr mannichfaltige denken, z. B. wenn ich schlechthin verspreche, die Sache dem Berechtigten unversehrt zurückzuliefern — wenn ich einen letzten Willen anerken-

genden Versprechens, für allen, auch zufälligen Schaden zu haften, einer etwas genaueren Auseinandersetzung, als unsere juristischen Schriftsteller bisher davon gegeben haben. Das Characteristische dieser aestimationis gratia besteht darin, daß einem Contrahenten, welcher nicht für den reinen Casus haftet, die Sache zu einem Statt derselben auf jeden Fall dem Andern einst zu erstattenden Werthe angeschlagen wird, ohne daß die Natur des Vertrages einen dergleichen Anschlag zu Werthe erfordert. Die Folge hiervon ist, daß der Empfänger nun für den reinen Casus sogar tenent ist, so, daß seine Verbindlichkeit unbedingt auf die dereinstige Restitution des Werthes oder der unversehrten Sache selbst gehet.

l. 5. §. 3. D. Commodati „si forte res

ne, worin mir auferlegt ist, dem Legatar für den Casus in Betreff der ihm vermachten Species zu haften etc.

aestimata data sit, *omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit.* “““

l. 54. §. 2. D. Locati „Paullus respondit: servus, qui *aestimatus* colonae adscriptus est, ad *periculum colonae* pertinebit. *Et ideo aestimationem hujus defuncti ab herede colonae praestari oportere.* “““

l. 10. pr. D. de jure dotium „Plerumque interest viri, *res non esse aestimatas, idcirco, ne periculum rerum ad eum pertineat*: maxime si animalia in dotem acceperit, vel vestem, qua mulier utitur. Eveniet enim, si aestimata sint, et ea mulier adtrivit, ut nihilo minus maritus aestimationem eorum praestet. *Quotiens igitur non aestimatae res in dotem dantur et meliores et deteriores mulieri fiunt.* . . §. 4. „si ante matrimonium aestimatae res dotales sunt, haec aestimatio quasi

sub conditione est: namque hanc habet conditionem, *si matrimonium fuerit secutum: secutis igitur nuptiis aestimatio rerum perficitur, et fit vera venditio.*“““

Eben so finde ich dieß Alles in den Schriften der älteren und neueren Rechtsgelehrten dargestellt *): auch hat man immer schon den Trödelcontract (*contractus aestimatorius*) davon getrennt. In der Natur dieses Contractes liegt es, daß dem Empfänger die Sache taxirt wird, aber diese *aestimatio* geschieht nicht sowohl *venditionis gratia*, d. h., daß die Sache dem Trödler zu dem angeschlagenen Werthe verkauft seyn solle, als vielmehr nur *ad vendendum* d. h., daß der Trödler die Sache nicht geringer, als der gemachte Anschlag ist, verkaufen, widrigenfalls auch für das Minus des Erlöses haften solle. Ganz richtig hat

*) Vergl. Glück ausführliche Erläuterung der Pandecten §. 327.

man auch dem Trödler noch nicht sofort vermöge Contractes die Gefahr aufgeladen, sondern die Unterscheidungen der l. 17. §. 1. D. de praescriptis verbis etc. befolgt *). Nichts läßt sich gegen diese Darstellung erinnern, als nur etwas zur etwas besseren Interpretation, daß das Wort „aestimatio“ welches in l. 1. §. 1. D. de aestimatoria vorkommt, nicht Taxation, sondern Trödelcontract, aestimatio Statt Contractus aestimatorius, etwa wie mutuum oder commodatum, Statt con-

*) Alles kommt nämlich darauf an, ob der Trödler den Eigenthümer gebeten hatte, ihm die Sache zum Vertrödeln zu geben. Hierin findet unsere Gesetzgebung ein stillschweigendes Versprechen des Trödlers für den Zufall, für welchen er sonst nicht steht, zu haften: und dahin ist auch l. cit. i. §. 1. de aestimat. zu erklären. Vergl. auch Glück Erläut. der Pand. §. 327. . . Nur H. von Löhr (Theorie der Culpa Seite 176.) machte ihn der Natur des Contracts nach zum unbedingten Ersatz des Casus tenent, wegen seiner isolirten und einseitigen Erklärung der angeführten l. 1. §. 1. de aestimatoria.

tractus mutui, contractus commodati heisst. Auf diese Weise läßt sich diese letzte Stelle unter die Distinctionen der l. 17. §. 1. de praescript. verb. noch leichter und weniger gezwungen als bisher subsumiren, wie ich dieß an einem andern Orte ausführlicher gezeigt habe *). Indessen ist hiermit die Interpretation für diese Lehre noch nicht ganz rein hergestellt. Es kommt noch ein Fall in unseren Gesetzen vor, welchen meine frühere Vorgänger gänzlich übersahen, ohngeachtet er doch einer Erklärung bedarf. Den Fall enthält die auch in anderer Hinsicht äusserst wichtige

l. 52. §. 3. D. pro socio „damna, quae imprudentibus accidunt, hoc est, damna fatalia, socii non cogentur praestare; ideoque si pecus aestimatum datum sit, et id latrocinio aut incendio perierit, commune damnum est, si

* Vergl. mein Handbuch des Civilrechts
Bd. I. Seite 328. 329.

nihil dolo aut culpa acciderit ejus, qui aestimatum pecus acceperit: quodsi a furibus subreptum sit, proprium ejus detrimentum est, *quia custodiam praestare debuit, qui aestimatum accepit.*““

Diese Stelle führte Herrn von Löhr *) zur Behauptung, daß die aestimatio, versteht sich venditionis gratia, bei der Societät nur die Verbindlichkeit zur custodia erzeuge, mithin nicht die uneingeschränkte Verbindlichkeit, für den Casus zu haften. Es ist nicht zu bezweifeln, daß dem Socius sogar das von seinem Mitgesellschafter Eingebachte insgesamt kann venditionis causa aestimatum überlassen werden, denn dadurch würde noch keineswegs nothwendig societas leonina entstehen, aber unter diesen Umständen würde jener auch für alle an dem Coillatum des Mitgesellschafters sich ereignende Zufälle haften; und hiergegen sagt die eben

*) S. die Theorie der Culpa. Seite 176.

angeführte l. 52. §. 3. nicht das Mindeste. Sie spricht in der That gar nicht von der aestimatio venditionis gratia, sondern von einer aus der Natur des gegebenen Gesellschaftsverhältnisses nothwendig fließenden Taxation. Herr von Löhr übersah den ausdrücklichen Zusatz Ulpian's zu dieser Stelle „*haec vera sunt, si modo societatis contrahendae causa pascenda data sunt pecora.*“ Ulpian's Vortrag betrifft also nur den Fall, da etwa zwey oder drei Socii einer Viehzucht die Heerde zusammengebracht und nun einen Hirten als Mitgesellschafter zum Antheil seiner Mühe annehmen: bei der ersten Verabredung hatte wohl der Hirte den Anschlag seiner Mühe gemacht und hierauf mußten die Socii das Verhältniß dieses Anschlages zur Vermögensmasse d. h. zum Werthe ihres Viehes genau anschlagen: hierdurch wurde begreiflich ein genauer Anschlag des Viehes selbst nothwendig.

Uebrigens ist noch die Regel anzuführen, daß man vertragsmässig eine grössere und ge-

ringere praestatio culpaе, als die gesetzliche ist, bedingen kann *)

l. 23. de reg. jur. „Sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit, vel plus, vel minus, in singulis contractibus. Nam hoc servabitur, quod initio convenit. Legem enim contractus dedit.““

*) Ebenfalls ausdrücklich oder stillschweigend. Hierzu ein Beispiel in l. 1. § 35. D. depositi „sedet si se quis deposito obtulit, Julianus scribit, periculo se depositi illigasse, ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos.“““ Wer als Kunstverständiger contrahirt, verspricht stillschweigend nicht mehr als gewöhnliche Erfahrungheit in der Kunst, jedoch muß er für alle schädliche positive Thätigkeit haften. Dieß, und nichts anders, sagen l. 9. §. penult. l. 19. §. 1. l. 25. §. 7. D. locati in ihrer Zusammenstellung; und es ist ganz unrichtig, wenn man vom Kunstverständigen durchaus strenge die höchste Kenntniss fördert, wie schon Cornel. van Eck (princ. jur. civil. secundum ord. Digest. Tit. Locati §. 35.) und die meisten anderen nach ihm behauptet haben.

Die einzige Ausnahme hiervon ist die, daß die Frau ihrem Manne die Verbindlichkeit zur Præstation der culpa levis in Ansehung der Dote nicht vertragsmässig nachlassen kann.

l. 6. D. de pactis dotal. „Pomponius ait, maritum non posse pacisci, ut dolum solummodo in dotem praestet, videlicet propter utilitatem nubentium.“““

Endlich hat unsere Gesetzgebung unmittelbar im

E d i c t e

gewisse Fälle bestimmt, wo der Beschädigte*)

*) Ich rede hier nur vom Schadens-Ersatze. Darum gehe ich hier eine Polizeiklage vorbei, welche sonst im Titel: de obligat. quae quasi ex delicto nascuntur, vorgetragen zu werden pflegt — die actio popularis in factum de posito vel suspenso gegen den, welcher widerrechtlich gefährlicher Weise Sachen an einem öffentlichen Orte aushängte oder hangen liefs, also selbst die Polizeiverordnung übertrat. l. 5. §. 8. 10. 12. ult. D. de his qui effuderint vel dejecerint.

Jemand ex culpa tertii belangen kann, ohne alle Rücksicht, ob der Beklagte selbst in culpa war oder nicht. Der Fälle, welche hierher gehören, giebt es nur zwey *): Nämlich Erstens Schiffer und Wirth (nautae, caupones, stabularii) sind nicht nur in Ansehung desjenigen Schadens, welchen ihre Leute an den Sachen der Fremden im Schiffe oder Wirthshause anrichteten, aufs Duplum

*) Viele rechnen auch hierher den judex litem suam faciens: allein er ist nicht durch Unthätigkeit, sondern durch positive Thätigkeit, durch seinen freilich aus Nachlässigkeit im Untersuchen hervorgehenden Spruch schädlich, und wie überhaupt einer jeden positiven schädlichen Thätigkeit aus Versehen eine Nachlässigkeit vorausgeheth, so ist es auch hier: das römische Rechtssystem setzte daher den judex male judicans unter eine Specialrubrick (unter die Cathégorie der obligat. quasi ex delicto), gab aber gegen ihn die allgemeine nach der lex aquilia gebildete actio in factum, wie ich im ersten Bändchen dieses Werkes beim Schlusse der Lehre von der lex aquilia schon bemerkt habe.

quasi ex delicto gehalten *), sondern auch
vermittelst einer actio rei persecutoria in fa-
ctum de recepto für allen Schaden, welchen
wer immer dem Fremden an seinen inferir-
ten Sachen zufügte. Nur rein zufällige Schä-
den ersetzen sie nicht.

l. 7. pr. et §. 1. D. nautae caup. etc.
„debet exercitor omnium nautarum
suorum, sive liberi, sive servi, factum
praestare: nec immerito factum eorum
praestat, cum ipse eos suo periculo
adhibuerit: sed non alias praestat, quam
si in ipsa nave damnum datum sit.
Caeterum, si extra navem, licet a nau-
tis, non praestabit — — haec actio

*) Doch konnten sie ihre eigenen Slaven,
wenn durch diese der Schade geschehen war,
an Zahlungsstatt geben. l. ult. §. 4. D. nautae
caupones etc. „servorum autem suorum no-
mine *noxali* (actione) *dumtaxat* tenetur: nam
cum alienos adhibet, explorare eum oportet,
cujus fidei, cujus innocentiae sint; in suis venia
dignus est, si qualesquales adhibuerit.“““

in factum in duplum est. “““ add. §. ult. Inst. de obligat. quae quasi ex delicto nasc. und l. 5. §. ult. D. de Obligat. et Act. l. 1. §. 8. l. 2. l. 3. pr. et §. 1. et §. 4. D. eod. ; puto factum non solum nautarum praestare exercitorem debere, sed et vectorum — sicut et caupo viatorum — et ita de facto vectorum etiam Pomponius scribit: — — miratur, cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles (depositi vel conducti)? Nisi forte, inquit, ideo, ut innotesceret praetor, curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum; et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur: at hoc edicto omnimodo, qui recepit, tenetur, *etiam si sine culpa ejus res periit vel damnum datum est* *).

*) Hieraus erhellet, daß der Wirth oder Schiffer nicht bloß für custodia in Ansehung der

Nisi siquid damno fatali contingit —
— haec autem (actio) rei persecutio-
nem continet, ut Pomponius ait. “““

Der zweite hierher gehörende Fall ist, daß
die Bewohner eines Hauses oder Stockes
quasi ex delicto gehalten sind, den durch
Werfen oder Gießen aus denselben von wem

durch wen immer verursachten Schäden
einstehen, wie v. Löhr (Seite 198.) aus l. 5.
D. nautae caup. „nauta et caupo et stabula-
rius mercedem accipiunt, non pro custodia,
sed nauta, ut trajiciat vectores, caupo, ut
viatores manere in caupona patiatur, stabula-
rius, ut permittat jumenta apud eum stabu-
lari: et tamen custodiae nomine tenentur“
schliessen will, sondern auch für diligentia
d. h. für den höchsten Fleiß in Betreff der
Deterioration sogar. Was Cajus von ihnen
im Anfang der angeführten Stelle in Betreff
des Totalruins, insonders des Diebstahls, for-
derte, nämlich den höchsten Fleiß, fordert
er von ihnen auch in Betreff der Verschlech-
terung ausdrücklich §. 1. „quaecumque de furto
diximus, eadem et de damno debent intelligi.“

immer dem Vorübergehenden zugefügten Schaden doppelt zu ersetzen.

§. 1. Instit. de obligat. quae quasi ex delicto nascuntur „item is, ex cujus coenaculo vel proprio ipsius (vel conducto), vel in quo gratis habitat, dejectum effusumve aliquid est, ita, ut alicui noceret, quasi ex maleficio obligatus intelligitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur — De eo vero, quod dejectum effusumve est, dupli, quantum damni datum sit, constituta est actio.

Wurde ein freier Mensch getödtet, so stehet darauf eine Strafe von 50 aurei: wurde hingegen derselbe nur verletzt: so ist der vollste Schadensersatz zu leisten.

„ob hominem vero liberum occisum, fährt die eben angeführte Stelle fort, quinquaginta aureorum poena constituitur. Si vero vivat, nocitumque ei esse dicatur, quantum ob eam rem

aequum judici videtur, actio datur. Judex enim computare debet mercedes medicis praestitas ceteraque impendia, quae in curatione facta sunt; praeterea operas, quibus caruit, aut cariturus est ob id, quod inutilis factus est. “““

Culpa praestanda, Dolus, Mora, Pactum und Edict sind, wie bisher ausgeführt, Gründe zur Entschädigung, und zwar die häufigsten und wichtigsten *), denn sie kön-

*) Der reine Zufall — casus — kann an und für sich nie Quelle eigentlicher Entschädigung werden: doch kann er z. B. Restitution der vom Mitcontrahenten schon empfangenen Gegenleistung bewürken. Vergl. l. 33. D. locati. — Hiervon unten mehr. . . Die Fälle, daß fehlerhafte Gebäude einstürzen, daß ein Furiosus Schaden anrichtet, auch daß unvernünftige Thiere das Eigenthum des Mitbürgers beschädigen, übergehe ich hier, da im letzteren die Hingabe an Zahlungsstatt gemeinrechtlich erlaubt ist, dahingegen die beiden ersteren, wo zwar auf das höchste In-

nen sich weiter als auf den Ersatz des einfachen Sachwerthes erstrecken. Das Quantum dieser Entschädigungsverbindlichkeit

Id quod interest

für alle Fälle im Allgemeinen nach gesetzlichen Vorschriften auszumitteln ist nun hier der Ort.

Aus der Zusammenstellung der römischen Gesetze, welche dem Beschädigten hier nur den einfachen Ersatz dessen, was er an seinem wirklichen Vermögen verlor, dort auch die Vergütung des ihm entgangenen Gewinnes zusprechen, gehet die Eintheilung des Interesse in positiven Schaden (*damnum emergens*) und privativen (*lucrum cessans*) hervor *). Nicht blofs das letztere, wie

teresse geklagt werden könnte (s. l. 4. §. 7. de *damno infecto* und die weiter unten folgende Darstellung dieser Lehre), nach unserer Staatsverfassung nur äusserst selten vorkommen können.

*) In unsern Gesetzen kommt der Ausdruck: „*quantum eam rem esse paret (adparet)*“ öfters

die gemeine Vorstellungsart ist, sondern auch das erstere *), also das *damnum emergens* sowohl als das *lucrum cessans* **) zerfällt nach der gesetzlichen Sprache in das, *quod circa rem ipsam consistit*, und in das, *quod non circa rem ipsam consistit* ***), *extra rem est*.

vor: er bedeutet promiscue, theils das *damnum* bloß, theils auch das *lucrum*. Vergl. l. 179. l. 193. D. de Verbor. Signif. — l. 4. §. 7. D. de damno inf. l. 3. §. ult. D. utipossidetis.

*) Vergl. l. 21. §. 3. D. de act. emt. vend. „nam pretium tritici, *non servorum fame necatorum*, (ist *damnum extra rem*) consequitur emtor a venditore, per quem stetit, quo minus traderet.“ ““

**) Beide werden von Paulus in der angeführten l. 21. §. 3. D. de act. emt. unter dem Ausdruck „*utilitas*“ begriffen.

***) Pfeiffer — der neueste Schriftsteller über diese Lehre — (vermischte Aufsätze über Gegenstände des deutschen und römischen Privatrechtes 1803. Vter Aufsatz) hält diese Einteilung (des römischen Juristen Paulus) nicht für hinlänglich, sondern theilt, wie seine Vorgänger, das *damnum* nicht besonders ab, dahingegen läßt er das *lucrum* nach

Jenes ist ein solcher Nachtheil oder Gewinn, welchen der Gegenstand der Hauptverbindlichkeit schon durch sich selbst d. h. durch das Fallen oder Steigen dessen Gemeinwerthes erzeugt: dieses hingegen enthält alle andere durch die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit

einer neuen Idee zerfallen in *lucrum directum seu ordinarium* und in *lucrum indirectum seu quodcumque forte speratum*. Unter *lucrum directum* begreift er alle diejenigen Vortheile, welche bei Vornehmung eines Geschäftes *principaliter* beabsichtigt werden, mithin zur Consummation des Geschäftes selbst gehören — unter dem *indirectum* alle andere Vortheile, welche durch das Geschäft erst präparirt und möglich gemacht werden, also mit dem Geschäft selbst als Ursache und Wirkung nicht zusammenhängende Nebenvortheile... Ob diese Eintheilung philosophischer ist, als die von Paullus, oder nicht, wird sich weiter unten zeigen. Wenigstens wird sich sehr bald ergeben, und ganz deutlich ergeben, daß Pfeiffers Lehre über den Ersatz seines *lucri indirecti* sich ebenfalls gar nicht mit den Fragmenten von Ulpian und Paullus verträgt.

etwa bedingten, aber keineswegs durch dieselbe allein nothwendig bedingten Nachtheile oder Emolumente. . . Z: B. 1.) A giebt dem B zwölf Achtel Hafer als Depositum im December 1806; fodert sodann dieses Depositum am 1ten Jänner 1807 vom Depositar zurück, um es sogleich an einen bestimmten Käufer abzugeben: B aber ist an diesem Tage in mora solvendi, und meldet sich erst am 3ten Jänner zur Ablieferung bereit. Setzen wir nun, die Hafer wäre schon am 2ten Jänner um ein ganzes Drittheil im Preise gefallen: hier müßte der B dem A diesen Schaden in Betreff des gefallenen Werthes vergüten — dieß wäre *damnum circa rem ipsam consistens* — — 2.) B hätte dem A zwölf Achtel Hafer verkauft, aber Statt dieselben dem A am bestimmten Lieferungstage zu bringen, an X verkauft und tradirt: setzen wir nun, B würde zwey Tage darauf condemnirt, den A zu entschädigen, die Hafer aber wäre mittlerweile um ein Drittheil im Preise gestiegen: hier

müßte B dem A diesen Steigerungsvortheil vergüten — dieß wäre *lucrum circa rem ipsam consistens* — — 3.) Hätte B dem A zwölf Achtel Hafer verkauft, und am 1ten Jänner 1807 ihm abzuliefern versprochen, aber nicht zur gehörigen Zeit sondern späterhin geliefert: setzen wir nun, daß A seine Pferde wären mittlerweile aus Mangel an Futter verhungert; hier könnte A den Ersatz für die Pferde von B nicht verlangen — dieß wäre *damnum non circa rem ipsam consistens, damnum extra rem* — — 4.) Hätte in diesem unter 3 angeführten Falle A die Hafer am 1ten Jänner an einen Dritten mit einem ganzen Drittheile Gewinn weiter verkaufen gekonnt, so könnte er diesen ihm entgangenen Vortheil vom morosen B doch nicht fodern — dieß wäre *lucrum non circa rem ipsam consistens*. . . Dieses *lucrum extra rem*, welches auch in vielen Fällen vom Schuldner gefodert werden kann, bezeichneten die römischen Juristen ganz kurz durch den Ausdruck:

„*omnis causa*.“ Die Wahrheit dieser für das Detail so wichtigen Interpretation geht mit Evidenz hervor aus einigen Fragmenten von Paulus und Ulpian. In l. 1. §. 23. 24. D. de positi *) giebt Paulus Emolumente an ausser fructus und partus, und bezeichnet sie mit *omnis causa* — und Ulpian, nachdem er die praestatio *causae* bei der actio ad exhibendum dem Beklagten zur Verbindlichkeit auferlegt hat, schliesst hieraus, auch partus und alle durch die verspätete oder gänzlich unterlassene Exhibition entgangene Vortheile, welche sich auch gar nicht an den erhöhten Gemeinwerth der Sache beziehen, müßten dem Kläger vom Beklagten ersetzt werden **). Alle entgangene Vortheile also,

*) Unten habe ich diese Stelle wörtlich aufgezeichnet.

**) Vergl. l. 9. §. 7. und 8. D. ad exhibendum „*quia causa petitori in hac actione (ad exhibendum) restituitur*, Sabinus putavit, partum quoque restituendum: praeterea utilita-

von welcher Art sie auch seyn mögen, sind zuverlässig unter dem alles umfassenden Ausdrucke „*omnis caussa*“ begriffen.

Das rechtliche Princip zu erfinden, wann der Schuldner das *damnum extra rem* und das *lucrum extra rem* prästiren müfse? ist schwer. Doch ist es wohl ganz ausser Zweifel, daß *dolus*, *culpa praestanda* und *mora* durchaus nach einerlei Maasstabe in Ansehung dieser Frage behandelt werden *). Wenn gleich alle meine Vorgänger den Begriff der *Mora* auf *dolus* oder *culpa praestanda* gründeten, und, dadurch gehindert, den Sinn Ulpian's (l. 2.

tes, si quae amissae sunt ob hoc, quod non exhibetur vel tardius quid exhibetur, aestimandae a iudice sunt, et ideo Neratius ait utilitatem actoris venire in aestimationem, non quanti res sit.“““

*) Anders ist es in Ansehung des Würdigungseydes — dieser wird freilich der Regel nach nur durch *dolus* oder *contumacia* des Beklagten begründet. Vergl. l. 4. §. ult. und l. 5. in f. D. de in litem jurando. Hier- von unten mehr.

§. 8. D. de eo quod certo loco) über diese Frage nicht erkannten; so ist es doch immer noch unbegreiflich, warum sie auch nicht einmal durch die ganz allgemeine d. h. den Dolus, die culpa praestanda und die mora umfassende Darstellung von Paulus (l. 21. §. 3. D. action. emt. vend. und l. 1. §. 23. 24. D. depositi,) eines besseren belehrt wurden. Nur im dolus oder in der culpa lata glaubten sie den ausschließlichen Grund zum Ersatze des Lucrums zu finden, und blos den Vormund machten sie ausnahmsweise (nach l. 7. Cod. arbitrium tut.) auch zum Ersatze des culpa levi verabsäumten Lucrum verbindlich *),

*) So fast alle ältere und neuere Schriftsteller über diese Lehre — auch noch Wehrn in der angeführten Doctrina juris explicatrix etc. pag. 362. „quippe, sagt er daselbst, siquidem excipias lucrum contra rationem officii cujusdam specialis interceptum (l. 7. Cod. arb. tut.), *neque culpa levis neque culpa levissima ad lucrum interceptum praestandum porrigitur*““ und Glück im Commentar.

weil dieser zugleich durch culpa levis die besondern Pflichten seines Amtes verletzte, ver-

zu den Hellfeldischen Pandecten §. 333. — Pfeiffer sagt (a. a. O. §. 2. Seite 232.) „das *lucrum indirectum* ist zwar ohne die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit nicht gedenkbar, vielmehr mit demselben so genau verbunden, daß nun, wo durch des einen Contrahenten Verschulden der Vertrag ohne Wirkung geblieben, eben darum auch der sonst daher zu erwarten gewesene besondere Vortheil nicht mehr zu erreichen stehet: weil jedoch beide Paciscenten denselben bei Eingehung des Vertrags eigentlich nicht vor Augen gehabt, auch derselbe nicht sowohl aus dem Vertrag selbst entsprungen, als vielmehr durch andere von aussen her zufällig hinzutretende Umstände veranlaßt worden wäre, so kann man doch nicht sagen, daß die von der einen Seite unerfüllt gebliebene Verbindlichkeit sich auf die Beförderung dieses Vortheiles miterstreckt habe, und daß der, welcher sie übernommen, dadurch auch für dessen Erreichung verantwortlich gemacht worden wäre. Er hat also auch in einem solchen Falle schon genug gethan, wenn er seinen Compaciscent Statt der im Vertrag eigentlich verabredeten Leistung für den erlit-

möge dessen er nicht allein verbunden wäre, Schaden von dem Pupillen oder Curanden abzuwenden, sondern auch dessen Bestes, so-

tenen wirklichen Schaden und das entgangene *lucrum directum* schadlos hält, und nur ganz besondere in den Gesetzen genau bestimmte Umstände, wie z. B. ein begangener Dolus, bewürken, daß er ausser dem Ersatz eines der eigentlichen Vertragsverbindlichkeit durchaus entsprechenden Aequivalents auch noch für diejenigen Vorthelle eintreten muß, welche sein Mitcontrahent, wenn die Vertragsleistung gehörig in natura geschehen wäre, noch nebenher *occasione pacti* hätte erwerben können.“ — Pfeiffer macht also zwar in Betreff der *mora* als einer *culposen* Zögerung und in Betreff des *lucrum non circa rem* consistens als eines vom Dolus oder von der *culpa lata*, nicht *levis*, des hindernden Theiles ausschliesslich abhängenden Ersatzes mit seinen Vorgängern gemeinschaftliche Sache: wenigstens in der Hinsicht hat er aber doch sicher den bessern Theil gewählt, daß er den Ersatz des *lucrum circa rem ipsam* consistens schon als Folge einer jeden *culpa praestanda* erklärt: diese Berichtigung nähert sich der Darstellung von Paulus in l. 21. §. 3. de act. emt. doch in Etwas.

viel möglich, zu befördern. . . Freilich ist es wahr, daß der Vormund zu positiven Handlungen aller Art, welche seinen Curanden vortheilhaft sind, gehalten ist, und der Commodatar oder Pfandgläubiger etc. nur zu solchen, welche den nachtheiligen Einfluß äußerer Umstände von der Sache des Mitcontrahenten abwenden: allein diese haften doch immer für einen weit geringern Grad von Versehen *) als der Vormund, und müßten also wenigstens insoweit, als sie intensivisch stärker für das Beste ihres Mitcontrahenten, als der Vormund für das der Curanden, zu sorgen verbunden sind, auch für das durch die Unterlassung dieser Sorge, mithin durch die Unterlassung der *diligentia* und *custodia*, ihrem Mitcontrahenten entgangenen *lucrum* haften — aber auch an diese auffallend noth-

*) Nämlich der Commodatar für *diligentia* sogar, und der Pfandgläubiger doch wenigstens für *custodia*. Vergl. l. 5. §. 2. D. Commodati und l. 13. §. ult. l. 14. de pignoratitia actione.

wendige Consequenz haben unsere juristischen Schriftsteller nicht gedacht. . . Schon in dem bisher gesagten liegt also soviel Widerlegung gegen die Hauptsätze der bekannten Systeme über diese Lehre, daß ein Versuch von Grund aus neuer Ansichten keiner besondern Entschuldigung, sondern nur einer desto mehr geschärften Prüfung, bedarf. Beständiger Rückblick auf die combinirte Darstellung sämtlicher Hauptfragmente ist hierbei unumgänglich nothwendig: darum setze ich dieselbe in einer Reihe wörtlich hierher, und schalte sie in meiner unten folgenden Erklärung nur ein. Sie sind von Julian, Paulus, Ulpian und Hermogenian.

A.) Julian l. 8. D. de evictionibus „venditor hominis emptori praestare debet, quanti ejus interest, hominem venditoris fuisse: quare sive partus ancillae, sive hereditas, quam servus jussu emptoris adierit, evicta fuerit, agi ex empto potest: et sicut obligatus est venditor,

ut praestet licere habere hominem, quem vendidit, ita ea quoque, quae per eum adquiri potuerunt, praestare debet emtori, ut habeat. “““

Diese Stelle wurde von früheren Juristen, z. B. von V a u d u s *) gänzlich übergangen, und könnte auch hier, da sie sich nur auf den durch persönliche Vorthelle des verkauften Sklaven erhöhten Gemeinwerth desselben bezieht, füglich umgangen werden. Falsch wäre die Deutung, Julian machte den Verkäufer evictionis nomine auch zum Ersatze des Gewinnes verbindlich, welchen der Käufer durch weiteren ganz besonders vortheilhaften Verkauf des Sklaven etwa machen gekonnt hätte, denn dieser Erklärung würde P a u l u s (l. 21. §. 3. D. de act. emt. vend.) offenbar widersprechen. Ea, quae per servum adquiri potuerunt „heißt nichts anders als ea,

*) *Variae quaestiones*. Genae 1585. lib. II. quaest. VIII.

quae servus nobis adquirere potuit, und eben so viel ist der Sklave jedesmal gemeinhin werth. Uebrigens führe ich diese Stelle nicht sowohl, um zu zeigen, daß es ganz leicht ist, dieselbe mit der l. 21. §. 3. D. de act. emt. vend. von Paulus zu vereinigen, sondern vielmehr darum an, weil die Systeme unserer Schriftsteller auch hier dem Zwange unterworfen sind, einen Zusatz zu dieser Stelle zu machen, wie sie denselben noch zu manchen anderen Stellen machen müssen, nämlich daß Julian von einem Falle zu verstehen sey, wo der Verkäufer in dolo oder culpa lata versirte *).

*) Wehrn (in der oftangeführten doctrina juris explicatrix etc. pag. 364.) sagt: quamvis secuta sine culpa emtoris evictione ex causa, quae antecessit contractui emtionis et venditionis, venditor ad pretium (pro re nata una cum usuris) ejusve partem, si res evicta minoris forte pretii esse coeperit, restituendum ideo obligetur, ne cum damno emtoris locu-

B.) Paulus l. 21. §. 3. D. de act. emt.

„cum per venditorem steterit, quo minus rem tradat, *omnis utilitas emtoris in aestimationem venit, quae modo circa rem ipsam consistit*: neque enim si potuit ex vino negociari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis, quam, si triticum emerit, et ob eam rem, quod non sit traditum, familia ejus fame laboraverit; nam pretium

pletior fiat: non tamen haud interveniente ipsius dolo vel culpa (muss nothwendigerweise nach Wehrn's Ansicht lata heissen) ad id, quod pluris intersit emtoris, obligatus estimari potest — quibus non obstant eae leges, quae id, quod intersit, evictionis nomine, ex causa venditi praestandum indefinite loquuntur, uti l. 8. de evict. et l. 60. eod., cum nemo dicere possit, his legibus naturae hujus actionis (emti venditi) derogari, quae bonae fidei est, adeoque bono et aequo regitur: — Wehrn achtet es also gar contra bonam fidem, wenn der nichtdolose Beschädiger das Lucrum ersetzen soll!!!

tritici, non servorum fame necatorum, consequitur: nec major fit obligatio, quod tardius agitur, *quamvis crescat, si hodie vinum pluris sit*: merito, quia, sive datum esset, haberem emitor, sive non, quoniam saltem hodie dandum est, quod jam olim dari oportuit. “““

l. 13. D. rem ratam haberi „si commissa est stipulatio, rem ratam dominum habiturum, in tantum competit, in quantum mea *interfuit, id est, quantum mihi abest quantumque lucrari potui.* “““

l. 1. §. 23. 24. D. depositi — eine sehr bedeutende Stelle — „hanc actionem *bonae fidei* esse, dubitari non oportet: et ideo et fructus in hanc actionem venire et omnem *causam* et partum dicendum est. “““

C.) Ulpian l. 1. pr. D. de act. emt. vend.
„si res vendita non tradatur, in id,

quod interest, agitur *), hoc est, quod rem habere interest emtoris: hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet vel emta est. “““

l. 2. §. 8. D. de eo quod certo loco, „utilitas quoque actoris veniet (in actionem de eo quod certo loco): quid enim, si trajectitiam pecuniam dederit, Ephesi recepturus, ubi sub poena debebat pecuniam, vel sub pignoribus — et distracta pignora sunt vel poena commissa mora tua? — — In hanc arbitrariam, quod interfuit, veniet, *et quidem ultra legitimum modum usurarum.* Quid, si merces solebat comparare: *an et lucri habeatur ratio, non*

*) Auch hier wie zur l. 21. §. 3. de act. emt. vend. muß von Wehrn und seinen Vorgängern wieder hinzugesetzt werden „*modo venditor dolo vel culpa lata non tradiderit.*“““

solius damni? Puto et lucri habendam rationem. “ “ “

D.) Hermogenian l. ult. D. de periculo et comm. rei vend. „Venditori, si emptor in pretio solvendo moram fecerit, usuras duntaxat praestabit, non omne omnino, quod venditor, mora non facta, consequi potuit, *veluti si negotiator fuit, et pretio soluto ex mercibus plus quam ex usuris quaerere potuit.* “ “ “

E.) Ulpian und Paulus l. 21. §. 2. ad legem aquil. „utrum corpus servi solum aestimamus, quanti fuerit, cum occideretur, an potius, quanti interfuit nostra, non esse occisum? *Et hoc jure utimur, ut ejus, quod interest, fiat aestimatio.* “ “ “ l. 22. eod. „proinde si servum occidisti, quem sub poena tradendum promisi, utilitas venit in hoc judicium. “ “ “ l. 23. eod. „inde Neratius scribit, si servus heres

institutus occisus sit, etiam hereditatis aestimationem venire.“““ §. 6. eod. „in summa omnia commoda, quae intra annum, quo interfectus est, pretiosiores servum facerent, haec accedere ad aestimationem ejus dicendum est“““ *).

Diefs sind die Hauptstellen, worin uns die römische Gesetzgebung die sichersten Prinzipien, das Entschädigungsquantum für alle Fälle, wo culpa praestanda, dolus, mora oder das Edict **) die Gründe zur Entschädigung sind, auszumitteln niedergelegt hat: aber dar-

*) Wichtig ist hierbei die Erinnerung, daß die lex aquilia nach l. 44. D. eod. und l. 54. §. 2. D. de adquir. rer. domin. in ihrem ganzen Umfange sogar auf die culpa levissima gehet. Daß jemand ex culpa levi, ja auch levissima einen Sklaven tödten kann, ist wohl ausser Zweifel. . .

**) Vom Entschädigungsquantum ex pacto unten. Dabei kommt begreiflich Alles auf den Inhalt des Pactums selbst an.

aus ervirt müssen sie erst noch werden. Insonders ist eine befriedigende Vereinigung der l. 2. §. 8. D. de eo quod certo loco mit l. 21. §. 3. D. de act. emt. vend. und l. ult. D. de peric. et comm. rei vend. bis jetzt Problem.

Vaudus *) meinte, die l. 2. §. 8. D. de eo quod certo loco sey in odium des Promitten-

*) Variar. quaest. lib. II. quaest. VIII. „an in quaestione ejus, quod intersit, lucri etiam cessantis ratio habenda sit? Et puto referre, utrum de contractibus contentio sit, an incertum aliud negotium proponatur: ut in contractibus actori sat sit, et rei controversae et accessionum omnium beneficio Constitutionis duplotenus condemnationem evehi. (???) In contractibus eo jure utimur, ne spem elusam lucri consequi actor possit; neque enim pauperior fit, qui non acquirit. Nec movet, in arbitraria actione de eo quod certo loco lucri etiam habendam rationem esse: id enim non eo pertinet, ut in contractibus ad lucrum etiam pertineat id quod interest: at in ea actione ob odium promissoris, qui, si eo regionis aut loci, ubi promissa pecunia sit, fraudato stipulatore non accedat, cui maximum fortasse damnum fracta fides promissoris attulerit.“

ten, welcher an einem gewissen Orte zu bezahlen sich verbindlich gemacht, und doch betrügerischerweise nicht bezahlt habe, gegeben worden, und bilde demnach eine wahre Ausnahme von der Regel, vermöge welcher ein jeder Contrahent nicht das *Lucrum*, sondern nach älterem Rechte nur den Verlust des wahren Werthes der Sache, oder beim Kaufe wegen der *duplae stipulatio* das Doppelte, nach neuem Rechte aber (l. un. Cod. de sententiis quae pro eo quod interest profer.) überall höchstens das Doppelte des wahren Werthes der Sache, wie er zur Zeit des Contractes war, zu fordern berechtigt sey!

Schlechter und widersprechender kann wohl keine Erklärung seyn — ich frage nach der Exegese legis 1. §. 23. 24. depositi, welche den Depositär doch zum Ersatze eines nebst dem wahren Werth des Depositums vielleicht sehr hoch steigenden *Lucrums*, welches durch dessen etwaige mora dem Deponenten entgan-

gen wäre, verbindlich macht; und finde, daß Vaudus derselben gar nicht einmal erwähnt *). — — Dagegen hält er die l. 2. §. 8. D. de eo quod certo loco für eine Ausnahme von der Regel, weil gerade das Zahlungsversprechen auf einen gewissen Ort bezogen darin dargestellt sey: Sonderbar! liegt dann nicht die Natur und der Zweck der *condictio de eo quod certo loco* bloß darin, daß der Promissar gegen die ihm nachtheilige Beschränkung des verabredeten Zahlungsortes gedeckt werde **): und — unterstellt nicht Hermoge-

*) Auch hat er an die Erklärung l. 8. de evict. und l. 23. §. 6. D. ad legem aquiliam nicht gedacht.

**) Vergl. l. 1. D. de eo quod certo loco dari oportet „alio loco, quam in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere: sed, quia iniquum erat, si promissor ad eum locum, in quo daturum se promisisset, nunquam accederet, quod vel data opera faceret vel quia aliis locis necessario distringeretur, non posse stipulatorem ad suum pervenire: *ideo* visum est, utilem actionem in eam rem comparare.“““

nian in l. ult. D. de peric. et commodo rei vend. eben so, wie Ulpian in l. 2. §. 8. D. de eo quod certo loco, einen Handelsmann, welchem sein ebenfalls moroser Schuldner das schuldige Geld nicht zu gehöriger Zeit leistete? In der Stelle aus Hermogenian ist freilich kein Zahlungsort angegeben, aber dieser ist, auch ohne besondere Verabredung darüber, immer bestimmt: auch setzt Hermogenian, wie Ulpian, voraus, daß der Gläubiger als Handelsmann in dem gegebenen Falle wirklich *) mehr aus den mit dem Gelde zu erkaufenden Waaren als aus den Zinsen dafür gewinnen gekonnt hätte“ — und immer muß sich doch wohl vernünftigerweise die Verabredung eines Zahlungs - Ortes, wenn

*) D. h. erweislich und mit höchster Gewissheit; denn davon ist ohnehin, mit Ausnahme der Fälle, wo das jusjurandum in litem ob dolum Statth. hat, der Ersatz des Interesse jedesmal, wiewohl nicht davon allein, abhängig.

von Handelserwerbe die Rede seyn soll, auf die dortige gewisse Gelegenheit eines Handelserwerbes beziehen, worauf zwar der Promissar so wenig in Ulpian's als in Hermogenian's Stelle den Promittent im Voraus besonders aufmerksam machte. Dafs endlich Vaudus die Mora wie einen Dolus ansieht, ist zwar ganz falsch *), aber zur Vereinigung der l. 2. §. 8. de eo quod certo loco mit l. ult. D. de peric. et comm. rei vend. eben auch ganz gleichgültig, da beyden Aussprüchen der römischen Juristen eine Mora des Schuldners zum Grunde liegt, und doch ihre Bestimmungen über den Ersatz des Lucrum so verschiedenartig dargestellt sind. . . Alles ist also der Erklärung von Vaudus offenbar entgegen.

Und doch — wer sollte es glauben! fin-

*) Vergl. die obige Ausführung über den Begriff der Mora. — Uebrigens hat Vaudus zur Rechtfertigung seines Begriffes von der Mora nicht eine einzige Stelle aus dem Gesetzbuche angeführt.

det sich kein einziger unter den folgenden juristischen Schriftstellern, welcher ihn widerlegte, und eine weniger fehlerhafte Interpretation im Wesentlichen herstellte.

Cujas *), jener berühmte Exegetiker, sieht die l. 2. §. 8. de eo quod loco im Gegensatze der l. ult. D. de peric. et comm. rei vend. ebenfalls für eine Ausnahme von der Regel an, welche zu Gunsten der pecunia nautica eingeführt worden. Ganz aus demselben Gesichtspunkte urtheilt Cornel. van Eck **).

Voet ***) bezieht die l. 2. §. 8. cit., wie

*) Vergl. dessen Paratitla in Cod. Tit. de sent. quae pro eo quod interest profer. — Auch Observat. IX. 31. und Tract. VIII. ad African.

**) In princip. jur. civil. secundum ord. Digestorum in usum domesticorum collegiorum vulgata Lib. 13. Tit. 4. §. 12. „lucrum interpretamur non quod occasione rei actor percipere potuisset, sed quod inerat ipsi rei (l. 21. §. 3. de act. emt. l. ult. de peric. et comm. rei vend.): in pecunia trajectitia omne lucrum refundendum est (l. 2. in f. h. tit.).

***) In Commentar. ad Pandect. lib. 45. tit. 1. §. 9.

Vaudus, als eine Ausnahme von der Regel, auf das geleistete Versprechen, an einem gewissen Orte präzise zahlen zu wollen.

Zwar nicht Vaudus und van Eck, wohl aber andere Schriftsteller fühlten die große Schwierigkeit der Vereinigung legis 21. §. 3. de act. emt. vend. mit l. 2. §. 8. de eo quod certo loco im Geiste ihres Erklärungsprincipes. Fürwahr diese l. 21. §. 3. redet von dem Ersatz der Mora, und diese Mora ist Dolus, dachten sie, und dessen ohngeachtet spricht die Stelle doch gegen den Ersatz des Lucrum extra rem. — Wiederum spricht sie ganz allgemein, und ohne die entfernteste Erwähnung einer Ausnahme, von der Verbindlichkeit des morosen Schuldners; warum wäre nicht hierunter auch der Fall legis 2. §. 8. de eo quod certo loco zu begreifen? Ulpian entscheidet diesen freilich ganz anders. — — Auch Doneau *) gerieth in diesen Zweifel.

*) In Commentar. jur. civ. lib. XXVI. cap. 23.

Um also aller Collision zuvorzukommen, machten sie zur l. 21. §. 3 die Parenthese

„Paullus habe darin vorausgesetzt,
„der Eigenthümer der Slaven hätte
„nicht gerade das vom morosen Ver-
„käufer erkaufte Getraide zur Nah-
„rung derselben unumgänglich noth-
„wendig gebraucht, sondern anderes
„für sie zu verschaffen Gelegenheit ge-
„habt — in Ulpian's Falle aber sey
„kein anderer Weeg, den Gewinn in
„Frage zu machen, möglich gewe-
„sen!“

So vielsagend jedoch diese Parenthese wäre, so deutlich liegt in den Worten der Stelle selbst ihre Falschheit. Sagt dann Paullus nicht ausdrücklich:

„*et ob eam rem, quod non sit (triti-*

Vergl. auch Voet Commentar. ad Pandect.
Tit. de condict. tritic. §. 3.

„cum emptum) traditum, familia emptoris, fame laboraverit?“

Der Slaveneigenthümer hatte also in dem Falle, wie ihn Paulus vorträgt, kein anderes Getraide gehabt, wovon er die Slaven hätte nähren können: daß demselben dabey eine Schuld zur Last gefallen wäre, davon sagt der römische Juriste gar nichts: und ist es dann auch nicht in der That lächerlich, in solchen Fällen eine Imputation auf den Creditor zu schieben, da dieser sich vernünftigerweise schon auf das Versprechen eines einzigen Verkäufers, die Waare zur gehörigen bestimmten Zeit abzuliefern, verlassen darf? — Und wie? wenn ich z. B. von sechs Getraidehändlern verschiedene Quantitäten Früchte auf die dritte Woche nach Heute gekauft hätte, aber sämmtliche zur gehörigen Zeit nicht erschienen? Wäre ich hier wohl auch in culpa, wenn mir dann meine Pferde verhungerten? Wäre wohl der eine morose Schuldner mehr oder weniger, oder wären

sie alle nur so gehalten, wie Paullus in der oftangeführten Stelle lehrt? — Man sieht es wohl ohne mein Erinnern, in welche Verlegenheit sogar die bisherigen Systeme den Richter verleiten, und wie wenig sie zur leichteren Darstellung der römischen Fragmente beitragen.

Mit Vaudus, Cujas, Voet und Doneau stimmen übrigens die Vorträge dieser Rechtslehre in den älteren und neueren Pandectencompendien vollkommen überein: auch Höpfner *) sah sich in die Nothwendigkeit versetzt, den Zusatz zum Fragmente von Paullus zu machen, wie Doneau.

Wehrn **) giebt allen seinen Vorgängern durchaus Recht: doch gefällt ihm insonders

*) Im theoret. pract. Commentar. zu den Heincc. Instit. Tit. de his quae pluribus contractibus communia sunt.

**) In der oftangeführten Doctrina juris explicatrix principiorum et caussarum damni etc. cap. VI. §. 63.

der eigene Gedanke von Christinäus *) und Brunnemann **), daß Handelsleute vorzüglich auch das *Lucrum* zu fordern berechtigt seyen.

Ueberzeugt durch Doneau und Wehrn, ist H. Hofr. Glück ***) der Erklärung des *interesse quod circa rem ipsam consistit*, für das Verhältniß des gestiegenen oder gefallen Gemeinwerthes der Sache ganz entgegen, und hält es Statt dessen für einen solchen Nachtheil, welcher von der widerrechtlichen Handlung des Mitcontrahenten eine gewisse und unwidertreibliche Folge sey, ohne daß dem Beschädigten seiner Seits etwas dabei zur Last falle. In dieser Voraussetzung erklärt er das Fragment 21. §. 3. de act. emt. mit dem

*) Decis. Vol. I. decis. 293. N^{ro}. 7.

**) In Comment. ad Digesta: ad leg. 2. §. ult. de eo quod certo loco. N^{ro}. 14.

***) Ausführliche Erläut. der Pandecten nach Hellfeld. §. 332. Seite 443. und 444.

schon oben bemerkten Zusatze, und stellet demselben directe den Fall der l. 2. §. 8. de eo quod certo loco entgegen, aber so, als müßte nach Vorschrift dieser letzteren Stelle dem Käufer, weil er Handelsmann gewesen wäre, und mit der abzuliefernden Waare an einem bestimmten Orte handeln gewollt hätte, der durch das Ausbleiben des Verkäufers entbehrte Gewinn vergütet werden. . . Ich zeichne diese Ausführung von Glück hier nur noch darum aus, weil sich immer mehr hieraus zu Tage legt, wie leicht ein gesetzlich gegebener Fall aus einem von der römischen Ansicht ganz verschiedenen Gesichtspuncte betrachtet wird: ich meines Theils würde durchaus nicht im Stande seyn, die l. 2. §. 8. de eo quod certo loco, wenn darin wirklich von einem Kauf- oder Verkaufsverhältnisse die Rede wäre, mit l. 21. §. 3. de act. emt. vend. zu vereinigen: gerade nur aus einem vom Kaufe ganz verschiedenen Verhältnisse des von Ulpian niedergelegten Fal-

les erscheint eine Vereinigung beider Stellen, wenigstens als möglich; und, wer in l. 2. §. 8. cit. einen Kauf entdeckt, sieht in der That etwas, das gar nicht darin steht: Verrückung des wahren Standpunctes ist die nothwendige Folge dieser Ansicht, und es soll unten bewiesen werden, daß gerade dem Käufer nie dasjenige *Lucrum* vergütet wird, welches nicht aus dem gestiegenen Gemeinwerth der Sache, sondern aus andern etwaigen Quellen hervorgehet.

Fast ganz im Glückschen Geiste legt Malblanc *) eine fernere Eintheilung des *lucrum extra rem* in *proximum* und *remotum* zu Grunde. Ersteres soll dasjenige seyn, welches mit Evidenz die unwidertreibliche Folge der widerrechtlichen Handlung des Beschädigten war; letzteres dasjenige, welches nicht so sicher die nothwendige Folge davon

*) Dissertat. jurid. sistens observationes quasdam de eo quod interest. Tübing. 1801.

war *). Hierauf bauet er nebst mehreren anderen, hierher nicht einschlagenden, Regeln den Satz **):

„qui dolo, culpa, aut mora damna de-
 „dit, ad quae secundum naturam ne-
 „gotii praestanda tenetur, is laeso
 „quodcunque interesse lucri cessantis

*) Diss. cit. pag. 37. „*proximum* comprehendit ea, quae aut *intrinsece* aut *extrinsece* ex facto aut non facto alterius originem unice trahunt et sine eo nunquam contigissent: *remotum* ea significat damna, quae quidem cum debitoris facto aut non facto connexa sunt, sed etiam aliunde contingere potuissent, de quibus igitur dubium est, num adversario imputari possint, an non: v. g. si tritico non justo tempore praestito servi mei aut animalia fame necata sunt, quae forsitan alio modo servari potuissent, aut cum pecunia mihi non restituta quidquam emere potuissem maximo lucro, quod et ex alia pecunia forsitan fieri potuisset.

**) Nur darin weicht Malblanc von Glück und Anderen ab, daß er auch ob culpam *praestandam* den Schuldner zum Ersatze des *Lucrum tenent* macht.

„intrinsicum et extrinsicum praestare
 „obligatur, sed regulariter proximius
 „tantum, nisi pro illius singulari con-
 „ditione et negotiationis, quam exer-
 „cuit, specie, quae alteri cognita
 „fuit, lucra quoque accidentaliter facere
 „consuevit, quo casu illi etiam inter-
 „esse remotius ob lucra intercepta in-
 „terdum praestandum videtur.“““

In diesem Satze liegt freilich die von so man-
 chem früheren Schriftsteller aufgestellte Regel
 und Ausnahme: aber beyde, wie sie da liegen,
 sind von Malblanc so wenig bewiesen wor-
 den, als von seinen Vorgängern. In l. 2. §. 8.
 de eo quod certo loco spricht Ulpian nach
 der Meinung Malblanc's das *lucrum extra
 rem remotum* *) dem Creditor darum zu,
 weil dieser als Handelsmann gewöhnt war,

*) Diss. cit. pag. 40. 42.

lucra accidentalia remota zu machen: warum aber Hermogenian in l. ult. de peric. et comm. rei vend. eben solch einem Handelsmanne *) nur die Zinsen zusprach? darüber ist Malblanc hinausgegangen, ohne einmal diese letztere Stelle anzuführen. Dagegen läßt er sehr viel davon abhängen, ob dem schadenden Mitinteressenten die Verhältnisse des Andern bekannt waren; wovon doch weder Ulpian noch Hermogenian ein Wort sagen. . . . Die Vereinigung der vielen anderen hierher gehörigen Stellen lag wohl nicht im Plane der Abhandlung.

*) In Ulpian's Stelle heißt es „si merces so-
lebat comparare“ — in der von Hermoge-
nian „si negotiator fuit et ex mercibus plus
quam ex usuris quaerere potuit.“ — Wenig-
stens sind diese Ausdrücke identisch, denn
ein Negotiator ist doch der, qui merces solet
comparare — und das „potuit ex mercibus
plus quaerere quam ex usuris“ kann doch
nicht wohl bestimmter ausgedrückt werden.

Pfeiffers Urtheil endlich ist höchst willkürlich und unbestimmt, führt demnach zu weiter nichts, als zur Willkühr und Unbestimmtheit. Eine Regel aufzustellen, wann bloß das *lucrum circa rem* (nach seiner Terminologie *directum*) gefordert werden könne? daran hat er nicht gedacht: dagegen sagt er einmal (in seiner oben angeführten Abhandlung Seite 232.), „nur ganz besondere in den Gesetzen genau bestimmte Umstände wie z. B. ein begangener Dolus bewürkten auch die Verpflichtung zum Ersatz des *lucrum extra rem*“ (er scheint also hier, wie seine Vorgänger, nicht einmal die *culpa levis* als Begründung einer solchen Forderung anzuerkennen), und dann stellt er wieder an einem anderen Orte derselben Abhandlung (Seite 244. 245.) mit Beziehung auf l. 2. §. 8. de eo quod certo loco nur einen einzelnen Fall auf, wodurch er uns immer auf keinen sicheren Standpunct zur Beurtheilung anderer Fälle versetzt, vielmehr

von seinen obigen wieder ganz heterogene Ansichten niederlegt. Diesen Fall bestimmt er so:

„A hätte Geld eines Abwesenden unter
„Händen, und wäre beauftragt, es an
„einen Dritten zu geben, der es für
„jenen verwaltete, Statt dessen aber
„übernahme der A selbst das Geschäft,
„dieses Geld bestmöglichst unterzu-
„bringen. Hierbei von einem mit der
„Art Geschäfte wohl bekannten Freun-
„de des Abwesenden erinnert, sorg-
„fältig zu Werke zu gehen, weil man
„jetzt Gelegenheit habe, mit dem Gelde
„ungewöhnliche Vorthelle zu gewin-
„nen (lucrum extra rem [seu indire-
„ctum]), versäumte er dennoch die
„günstige Gelegenheit durch impu-
„table Nachlässigkeit — da müßte
„nun A, wenn die Gelegenheit, den
„besonderen Nutzen zu erhalten, auf

„immer vorüber wäre, ohne Zweifel
 „das vollständige Interesse prästiren,
 „also auch das *lucrum cessans extra*
 „*rem* (nach seiner Terminologie indi-
 „rectum) cf. l. 2. §. 8. de eo quod certo
 „loco. “““

Welche nun jene in den Gesetzen genau bestimmte ganz besondere Umstände seyen, welche den Schuldner auch zum Ersatz des *lucrum extra rem* verpflichten? kann aus diesem einzelnen Falle, da sich doch Pfeiffer sonst nirgends besonders darüber erklärt hat, gewiß weder der trübsinnige noch der tief-sinnigste Leser erkennen. Ueberdies spricht Pfeiffer hier von einem Mandatar und von einer demselben imputablen Nachlässigkeit als einem (zwar ganz von dem obigen verschiedenen) Grunde zu dessen Verpflichtung, den Ersatz des *lucrum extra rem* zu leisten: dabei unterstellt er aber zugleich eine, gleichwohl höchstunbestimmte, Warnung von

Seiten eines Dritten an den A, sorgfältig zu Werke zu gehen, ohngeachtet dieselbe Mahnung von Seiten des Mandanten selbst schon in der Natur des Mandates liegt. Nach allem diesem zweifle ich sehr, daß Pfeiffer in Betreff dieser Lehre und jener ganz besonderen gesetzlichen Gründe zum Ersatz des *lucrum extra rem* mit sich selbst einig ist. Ich meines theils würde zwar den Pfeifferschen Fall eben so entscheiden, wie Pfeiffer, aber freilich ohne alle Reflexion auf jene Warnung des Dritten und überhaupt aus ganz anderen, wenigstens bestimmteren, Gründen. Auch hat Pfeiffer ganz vergessen, die l. 2. §. 8. de eo quod certo loco mit l. 21. §. 3. de act. emt. und l. ult. D. de peric. et comm. rei vend. etc. zu vereinigen: und gerade in dieser Vereinigung löst sich doch, meiner Einsicht nach, die Enthüllung alles Problematischen in dieser Lehre auf. Soviel ich aus den obenangeführten Stellen abstrahiren kann, stellt uns ein und derselbe Gesichtspunct auf culpa, vel

aliorum, praestanda, dolus, und mora berechnet, zweierlei Maasstäbe auf, nach welchen das Quantum des Schadensersatzes bei allen Geschäften gesetzlich bemessen ist. Diese so höchstwichtige Regel prüfe der Leser sorgfältig.

I.) Mit einer Sache zu jeder Zeit frei schalten und walten, so, daß jeder Dritte diese Handlungen in ihrem vollen Umfange und mit ihren Folgen anerkennen muß, und schlechterdings nicht hindern darf, kann nur der Eigenthümer, oder der, welchem der Eigenthümer so zu disponiren erlaubte. Darum ist derjenige, welcher eine solche Disposition vereitelte, Ersatz auch dafür d. h. auch für die vereitelte Disposition, über die Sache, zu leisten schuldig (damnum — lucrum — extra rem). Hierbei liegt das Unrechtliche, wofür Ersatz geleistet wird, zunächst in der Behinderung

der Disposition von Seiten des Mitinteressenten, einerlei, entstehe diese Behinderung durch dolus, culpa, vel aliorum, praestanda *) oder

*) Ich sage „culpa praestanda“ dieß ist sehr merkwürdig in Rücksicht solcher Behinderungen des Eigenthümers, über sein Eigenthum zu disponiren, welche mittelbar aus einem Geschäfte entstehen, welches entweder durch sein eigenes vorzügliches Würken und zu seinen Gunsten allein, oder wenigstens durch sein Mitwürken zu seinem und des Mitcontrahenten Vorthelle geschlossen wurde: denn, wenn der Depositär ohne seine Schuld durchs Depositum an seinen Sachen Schaden leidet, so belangt er den Deponent freilich wegen eines jeden auch des geringsten Versehens mittelst der aquilia oder actio in factum (denn hier ist keine wahre caussa extrinsecus oblata damni im Sinne der l. 57. locati denkbar); und eben so ist es in Ansehung des Mandatars gegen den Mandant, denn der Deponent und Mandant haben den alleinigen Vortheil aus dem Geschäfte, und bewerkstelligen es durch ihr vorzügliches Würken, l. 61. §. 5. D. de furtis. . . Hingegen, wenn dem Commodatar, dem Empfänger eines Precarium, dem Käufer etc. durch die commodirte, zum Precar-

mora: bei allen diesen ist mithin auch der Ersatz gleich groß *).

II.) Dahingegen ist kein Grund abzusehen, warum der Eigenthümer

rium empfangene, gekaufte etc. Sache an seinem Eigenthum ein Schaden zugefügt, und er dadurch behindert wird, darüber zu disponiren, so fällt dem Commodanten, dem Verleiher des Precarium, dem Verkäufer etc. diese Behinderung des Eigenthümers nur ex capite doli vel culpa latae zur Last. l. 61. §. 6. de furtis und l. 13. de act. emt. vend. „Si sciens reticuit venditor et emtorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emtione emtor traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morborum perierunt, quod interfuit idonee venisse, praestandum erit.“““ Vergl. auch mein Handbuch des Civilrechts Th. I. Seite 275. Note * und meine Lehre vom Schadensersatz Th. I. Seite 115. Note *.

*) Das iuramentum in litem kann in Betreff der Grösse des Ersatzes eine Ausnahme machen, in so fern es *ob dolum* des Beschädigenden dem Beschädigten vom Richter zuerkannt und abgeschworen wird.

oder ein jeder andere Besitzer einer Sache, wenn er gleichwohl als Schuldner dieselbe an einen Dritten einstabzuliefern verbunden ist, die vorläufigen Dispositionen dieses Dritten über eben diese Sache anerkennen müfste. Hindert er also eine Disposition der Art von Seiten seines Mitpaciscenten, so ist er keineswegs zum Ersatze für die vereitelte Disposition, sondern immer nur zur Leistung der Sache oder deren wahren Gemeinwerthes, höchstens nach der mittlerweile etwa erfolgten Steigerung desselben, verbindlich: einerlei, sey er in dolo, culpa, oder mora.

Aus diesen Sätzen geht hervor

1.) dafs derjenige, welcher sein Geld einem Schiffer gab, um es über Meer zu bringen *),

*) Pecunia trajectitia ist ja, nach der ausschliessenden Bestimmung leg. 1. pr. D. de naut. foen., *quae transmare vehitur* — dafs man

und an einem gewissen Orte ihm wieder zu geben, auch das Lucrum vom morosen Schiffer fordern kann, welches durch jede erweisliche Handelsgelegenheit für ihn zu machen gewesen wäre:

l. 2. §. 8. D. de eo quod certo loco.

2.) dafs der, welcher meine Sache durch seine schädliche Thätigkeit vernichtet oder verdirbt, ebenfalls zum Ersatz des Lucrum verbindlich ist, welches ich, nach Verschiedenheit der Fälle, innerhalb des jüngstverflossenen Jahres oder der jüngstverflossenen dreissig Tage hätte erwerben können

l. 21. §. 2. l. 22. l. 23. pr. et §. 6.

D. ad Legem Aquiliam.

so wie

3.) der, welcher mir meine Sachen stiehlt, oder durch Gewalt dieselbe sich verschaffet, fürs Lucrum extra rem haftet.

solches Geld gerade als Darlehn gebe, ist zum Begriffe der pecunia trajectitia gar nicht wesentlich.

l. 50. D. de furtis *) l. 14. §. 7. D.
quod metus caussa **) l. 1. §. 41.
D. de vi et vi arm ***)

dafs auch

4.) der, auf welchen eine Sache aus meinem Besitze unter der Verbindlichkeit, dieselbe

*) Bei der actio furti wird das Duplum oder Quadruplum berechnet, aber freilich nur vom, etwa gestiegenen, Gemeinwerth „in furti actione, sagt die angeführte Stelle, non, quod interest, quadruplabitur vel duplabitur, sed verum rei pretium: quod si pretiosior facta sit, ejus duplum (v. g.), quanti tunc, cum pretiosior facta sit, fuerit, aestimabitur.“““

**) Hier wird gesagt „Quadruplatur autem id, quanti ea res erit, id est, cum fructibus et omni caussa.“““ Auf jeden Fall also kann der Verletzte, wenn er auch ohne Befehl des Richters seine Sache wider erhalten könnte, die omnis caussa fordern.

***) „Non solum autem fructuum ratio in hoc interdicto (de vi et vi armata) habetur, verum caeterarum etiam utilitatum habenda est: nam et *Vivianus* refert, in hoc interdicto omnia, quaecumque habiturus vel assecuturus erat is, qui dejectus est, si vi dejectus non esset, restitui.“““

einst mir zurückzugeben, übergieng, wenn er sie durch widerrechtliche Unthätigkeit (*culpa praestanda*) zu Grunde gehen oder verderben liefs, oder wenn er in mora war, zum Ersatze eines jeden mir dadurch erweislich entgangenen *Lucrum* gehalten. Ganz allgemein liegt diese Vorschrift in

l. 1. §. 23. 24. D. depositi.

In dieser Stelle werden dem Kläger, aus dessen Besitze die Sache auf den Beklagten übergieng, die Früchte und *omnis caussa* zugesprochen, und zwar, weil das Geschäft ein *bonae fidei negotium* ist. Da nun auch in den *negotiis stricti juris* nach der *Litiscontestatio* die Früchte ersetzt werden (l. 38. §. 7. de usuris), so muß unser Fragment nothwendigerweise auf Früchte und *omnis caussa* vor der *Litiscontestatio* bezogen werden. Durch einzelne Beispiele ist dieß bestätigt in der Person derjenigen, welche fremde Sachen administrieren,

als Geschäfteführer *) oder Vormünder, gegen welche letztere den Pupillen namentlich ein für allemal eine Interessenklage aufs Duplum gegeben ist

l. 2. D. de negot. gest. l. 1. §. 20.

D. de tutelae et ration. distrah. **).

*) Jetzt wird der Leser von selbst bemerken, daß ich den oben angeführten Pfeifferschen Fall eben so wie Pfeiffer entscheide: ob aus besseren Gründen? und ob die Warnung von Seiten eines Dritten dabei vorzügliche Wirkung habe, überlasse ich nun getrost seiner Beurtheilung. — Doch von der Warnung unten mehr.

**) „Considerandum est in hac actione (rationibus distrahendis), utrum pretium rei tantum duplicetur, an etiam quod pupilli intersit? Et magis esse arbitror, in hac actione, quod interest, non venire, sed rei tantum aestimationem.“““ Ob man diese Klage gegen den Vormund actio rationibus distrahendis oder actio tutelae nennen will, ist gleichviel: Vergl. l. 1. §. 21. eod. . . Uebrigens soll diese Klage darum ein für allemal aufs Duplum gehen, damit die Pupillen aller processualischen Weitläufigkeiten in Rücksicht des

Endlich

5.) dafs in allen den Fällen, wo das Edict unmittelbar die Entschädigung zusichert, dem Beschädigten das entgangene Lucrum geleistet werden mufs, wo nicht schon das Duplum von den Gesetzen ein für allemal bestimmt ist, wie bei der actio in factum de effusis vel dejectis und der actio in factum quasi ex delicto contra nautas, caupones vel stabularios (s. Seite 78. bis 83.).

Aus unserer obigen Darstellung folgt nun auch im Gegentheile ferner

6.) dafs der Verkäufer *) nie mehr als das

Beweises ihres Interesse überhoben werden: es ist mithin nicht der entfernteste Zweifel gegen die heutige Anwendbarkeit dieser Klage aufs Doppelte denkbar, wenn man auch heut zu Tage alle Pönalklagen aufs Doppelte etc., welches zwar sehr unrichtig ist, verwerfen will: denn diese Klage gegen den Vormund ist reine Interessenklage.

*) Eben so der Tauschende nach l. 2. D. de rerum permutatione und l. 2. Cod. eod. „permutationem vicem emtionis obtinere non est juris incogniti.“

lucrum circa rem ipsam consistens dem Mit-
contrahenten prästirt d. h. den wahren Ge-
meinwerth, jedoch nach dessen mittlerweile
etwa erfolgten Steigerung

l. 21. §. 3. D. de actionibus emti venditi.
In diesen erhöhten Gemeinwerth rechneten
nun die Römer auch, wie es sehr natürlich
war, alle auf der Person eines gekauften Skla-
ven haftenden peculiären Vorthelle *)

*) Z. B. erweislich demselben angefallene Erb-
schaften u. d. gl. l. 8. cit. Doch nahmen sie
in Hinsicht der Verbesserung innerer Eigen-
schaften des Sklaven nur das Duplum als Maas-
stab des Ersatzes, welchen der Verkäufer des
evincirten Sklaven zu leisten hatte, an l. 43.
in f. de act. emt. vend. „de sumtibus, quos
in erudiendum hominem (evictum) emtor
fecit, videndum est; nam emti iudicium ad
eam quoque speciem sufficere existimo, non
enim pretium continet tantum, sed omne quod
interest emtoris, servum non evinci; plane
si in tantum pretium excedisse (excessisse)
proponas, ut non sit cogitatum a venditore de
tanta summa, *veluti si ponas agitatore* po-
stea factum vel pantomimum evictum esse

1. 8. D. de eviction.

Aber so wenig der Verkäufer vom Käufer, welcher in mora solvendi war, mehr als den Gemeinwerth des Kaufgeldes, nämlich mit verfallenen Zinsen, fordern kann

1. ult. D. de periculo et commodo rei venditae

eben so wenig kann der Käufer Ersatz für, durch dolus, mora, oder culpa des Verkäufers ihm vereitelte, Dispositionen, welche er etwa in Hoffnung, die Sache zu rechter Zeit und unbeschädigt zu erhalten, darüber machte, verlangen. Durchaus falsch ist auch die Behauptung fast aller mir bekannten juristischen Schriftsteller, daß er Ansprüche auf den Ersatz der Conventionalbusse machen könnte, welche er etwa einem Dritten auf den Fall versprochen hatte, wenn er diesem die von

eum, qui minimo venit pretio; iniquum videtur, in magnam quantitatem obligari venditorem.“ 1. 44. eod. „et non ultra duplum periculum eum subire oportet.“““

seinem Verkäufer erwartete Waare zur bestimmten Zeit nicht leisten würde. Dieß kann nicht deutlicher, als aus der oben angeführten l. 21. §. 3. D. de actionibus emti venditi, erhellen.

Doch, noch eine Stelle ist jetzt zu erklären übrig — nämlich in l. 1. pr. D. de act. emt. vend. scheint doch der Satz gerechtfertiget

„dafs auch der Käufer vom *morose*
 „etc. Verkäufer fordern könne, was
 „ihm an Gewinn aus dem mit einem
 „Dritten mittlerweile geschlossenen
 „Geschäfte durch die *mora* oder *culpa*
 „des Verkäufers entgieng.“

Aber dann hätte Ulpian seinem Zeitgenossen Paulus widersprochen! Auch Hermogenian würde gegen den ersteren entscheiden: und so wäre die neue Darstellung leere Speculation. Diese wird jedoch gesichert, da Pomponius die Stelle aus Ulpian in der schönsten Conciliation mit den übrigen Stellen uns

erklärt. In lege 3. §. penult. et ult. D. de act. emt. vend. wird verordnet: der morose Verkäufer müsse dem Käufer den höchsten Werth des verkauften, aber nicht gelieferten, Weines ersetzen, in welchem derselbe zur Zeit des geschlossenen Verkaufes oder zur Zeit des ihn verdammanden Urtheiles stehet *): Der Ersatz des Gemeinwerthes, welchen der morose Verkäufer leisten muß, kann also mehr betragen, als die Waare etwa zur Zeit der angestellten Klage werth ist, oder auch im Kaufcontracte werthgeschätzt war. So ist die Stelle aus Ulpian „hoc, quod interest, interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet vel emta est“ ohne alle Rechtsantinomie erklärt.

Hier nun, glaube ich, ist der schicklichste

*) „Si per venditorem vini mora fuerit, quo minus traderet, condemnari eum oportet, utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur.“

Ort, auch die rechtlichen Wirkungen einer beim Kaufe wohl häufig vorkommenden Nebenverabredung, nämlich der Warnung, daß von der gehörigen Erfüllung der Verbindlichkeit ungewöhnliche Vortheile für den Promissar abhängen, näher zu prüfen. Pfeiffer *) legt, wie schon oben bemerkt, auf eine solche Warnung sehr viel Gewicht. In der so eben angegebenen höchstunbestimmten Fassung kann sie aber durchaus nichts wirken, mag sie nun von einem Dritten oder auch vom Promissar selbst an den Promittent erlassen worden seyn. Pfeiffer **) unterscheidet diese Fälle. Wenn der Mitcontrahent selbst gewarnt habe, meint er, so sey hierdurch die Erreichung ungewöhnlicher Vortheile selbst zum Gegenstande des Vertrages gemacht worden, deren culpose ***) Vereitlung nun sofort eine

*) A. a. O. Seite 238. folg.

**) A. a. O. Seite 241. 242.

***) Pfeiffer sieht nämlich die Mora wie eine Culpa an.

wahre Contravention gegen die vertragsmäßige Verbindlichkeit sey, und den Ersatz jedes auch nur zufällig gehofften Nutzens als ein Aequivalent für einen wahrhaft beabsichtigten Vortheil begründe. Wenn hingegen ein Dritter den Promittent gewarnt habe, so producire diese Warnung nur dann verbindliche Kraft, wenn der Gewarnte wüßte, daß sein Mitcontrahent bei Eingehung des Geschäftes einen aussergewöhnlichen Vortheil beabsichtigte, wenn er mithin den Warnenden als einen solchen anerkennen müßte, welcher selbst von den Zwecken des abgeschlossenen Vertrages vollkommen unterrichtet sey. . . Wenn man hiergegen in Erwägung ziehet, daß das römische Recht von der so wichtig seyn sollenden Warnung gänzlich schweigt, so wird wohl kein Zweifel übrig bleiben, daß ihre Kraft nach dem allgemeinen Recht der Verträge gewürdigt, und so unter den oben aufgestellten Gesichtspunct subsumirt werden muß. Als bloße einseitige Warnung selbst

von Seiten des Mitcontrahenten, mag sie auch noch so sehr speciell und bestimmt seyn, ist sie dennoch für nichts. Setzen wir, der Käufer eines von heute auf morgen ihm abzuliefernden Fasses Wein bemerkt dem Verkäufer, er habe dasselbe schon auf übermorgen an einen Dritten abzuliefern versprochen, und gewinne dabei ein ganzes Drittel mehr, als der unter ihnen beyden verabredete Kaufschilling betrage: so gehen sie voneinander; und der Verkäufer erscheint morgen nicht. Würde hier der morose Verkäufer seinem Käufer das entgangene Drittheil vergüten müssen? Gewiss nicht, denn in der einseitigen Bemerkung des Käufers liegt ja nicht auf die entfernteste Weise ein Versprechen des Verkäufers, des ersteren vorläufige Handlungsspeculation anerkennen und für deren durch ihn etwa zu verursachende Vereitlung haften zu wollen. Er kann also auch in Rücksicht der Vereitlung einer solchen vorläufigen Speculation des Empfängers nicht in dolo gedacht

werden, da er in Rücksicht derselben|gar nicht verbindlich ist. Es folgt hieraus mit Sicherheit, daß eine Warnung des Gläubigers, dessen Dispositionen über den Vertragsgegenstand der Schuldner nicht ohnehin schon schlechterdings anerkennen muß *); nur dann die Verbindlichkeit, für das *lucrum extra rem* auch zu haften, auf den Schuldner wälzen kann, wenn sich dieser darauf so bestimmt geäußert hat, daß kein Zweifel mehr übrig bleibt, er wolle

*) Muß der Schuldner des Creditors Dispositionen über die Sache schlechterdings anerkennen, wie ich oben unter I. Seite 123. gezeigt habe, so muß er ja ohnehin Ersatz für die Vereitelung einer jeden vortheilhaften Disposition dem Creditor leisten. In solchen Fällen wäre also eine Warnung ganz überflüssig, indem sie, auch noch so sehr speciell und wahrhaft vertragsmässig gefaßt, nichts anders seyn kann, als besondere Verpflichtung diese oder jene oder überhaupt eine jede Disposition des Creditors über die Sache anerkennen zu wollen.

auch diese und jene oder alle etwaige Dispositionen des Creditors über die Sache anerkennen. Uebrigens kann er dieß einem Dritten für seinen Mitcontractant nicht versprechen, indem es bekanten Rechts ist, daß Niemand aus dem Vertrage eines Dritten erwerben kann.

Wie bisher erwiesen, haftet der Verkäufer oder der Käufer, so wie der Tauschende nur für *lucrum circa rem*, wenn sie nicht besonders auch fürs *lucrum extra rem* zu haften versprochen haben: und eben nach unserer obigen Ansicht werden wir noch

7.) auf die Subsumtion geführt; daß der, welcher mit einem Geschäftsführer unter dessen Versicherung, die Genehmigung von Seiten des Geschäftsherrn zu bewürken, contractirt, falls diese Genehmigung nicht erfolgt, ausser seinem etwaigen positiven Schaden nur den Gewinn zu fordern berechtigt ist, welcher ihm aus dem Geschäfte in Frage nach dem

Gemeinwerthe zu Theil geworden wäre (*lucrum circa rem*).

l. 13. D. *rem ratam haberi*.

Soviel zur Erläuterung der Frage: wann der Beschädigte das *lucrum extra rem* zu fordern berechtigt ist? . . . Wie hoch sich dieser Ersatz belaufen dürfe? war im Pandectenrechte lediglich *) von dem Beweise des Klägers abhängig; und so ist es noch in Ansehung aller derjenigen Fälle, wo der Beschädigungsgegenstand nicht schon durch sich selbst bestimmten Werth hat: z. B. in Ansehung des Erbrechtes, Possessionsrechtes. Dahingegen hat Justinian in Ansehung aller derjenigen Fälle, wo der Beschädigungsgegenstand einem Marktpreise unterworfen werden kann, die Verordnung gemacht, daß der

*) Daß auch im Pandectenrechte beim Kaufe nur das Duplum gefordert werden konnte (l. 48. D. de evict. l. 44. D. de act. emt. vend.), kommt hier nicht in Betracht, weil beim Kaufe nur *lucrum circa rem* gefordert werden kann.

Verletzte nie mehr, als höchstens das Duplum des Beschädigungsgegenstandes fordern dürfe,

l. un. Cod. de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur. „Cum pro eo quod interest, dubitationes antiquae in infinitum productae sint, melius Nobis visum est, huiusmodi prolixitatem in angustum coarctare. Sancimus itaque in *omnibus* casibus qui *certam habent quantitatem* vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus *et omnibus contractibus* hoc, quod interest, *dupli* quantitatem *minime* excedere. In aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, iudices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut hoc, quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur, et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur.“““

Die von Andern, insonders von Höpfner

(am oben angeführten Orte) angegebenen Schriftsteller über diese Constitution hier zu wiederholen lohnt der Mühe nicht: aber zu bemerken ist es allerdings, daß die mancherlei Ausnahmen, welche jene Schriftsteller dieser Constitution anhängen, insgesamt unrichtig sind. Cujas *) behauptet: „ubi supra duplum usurae licitae sunt, ut in tractitia pecunia, et ejus, quod interest, aestimatio eo casu duplum egredi poterit“ **). Dieß ist analogisch, aber sehr schief, geschlossen. Wenn ich von hundert Hauptstock zehn oder zwanzig Zinsen entrichte, so ist dieß bey weitem nicht das Duplum des Hauptstockes, sondern nur das Duplum oder Quadrumplum der regelmässigen kleinen Zinsen: überhaupt bedarf es keiner Widerlegung, daß Cujas von der gesetzlichen Erlaubniß, Statt

*) Observat. IX. 31.

**) Wehrn (doctrina juris etc. §. 61.) und Glück (Erläut. der Pandecten §. 333.) stimmen ihm hierin bey.

der gewöhnlichen Zinsen in einem besonders gefährlichen Geschäfte grössere Zinsen zu fordern, sofort auch auf eine gesetzliche Erlaubniß, in eben solchem Geschäfte das Duplum des ganzen Beschädigungsgegenstandes zu überschreiten, argumentirt. — Nicht besser steht es um eine zweite Ausnahme, welche man von Justinian's Beschränkung des *lucrum extra rem* aufs Duplum macht, wenn nämlich die Beschädigung *dolo malo* des Andern geschehen sey. Schon Magnus *) vertheidigte diese Ausnahme aus mehreren Stellen, welche doch ganz deutlich durchaus nichts anders sagen, als, der *dolus* verdiene keine Schonung und begründe eine Klage auf das Interesse **):| nur eine darunter läßt doch

**) Lib. II. Rationum et Differentiar. jur. civil. cap. 10. (in Meermann Thesaur. T. III. pag. 310.).

**) Hierher rechne ich die von ihm angeführten l. 1. §. ult. D. de tigno juncto „sed et ad exhibendum actio danda est: *nec enim parci*

wenigstens einen Schein zurück, als könnte gegen einen Dolosus auf mehr als das Duplum

oportet ei, qui sciens alienam rem aedificio inclusit vinxitve: non enim sic eum convenimus, quasi possidentem, sed ita, quasi dolo malo fecerit, quo minus possideat““ l. 45. in f. D. de hered. petit. „qui se liti obtulit — ex *doli* clausula tenetur: aestimari scilicet oportebit, *quanti* (actoris) *interfuit, non decipi*““ l. 6. §. 8. de act. emt. „si dolo malo aliquid fecit venditor in re vendita, dolum malum eo iudicio (emti) aestimari oportet, ut id, quod praestaturum se esse pollicitus sit venditor, emptori praestari oporteat““ l. 13. pr. eod. „si sciens venditor reticuit, et emptorem decepit, *omnia detrimenta, quae ex ea emtione emptor traxerit, praestaturum ei*: sive igitur aedes vitio tigni (venditi) corruerunt, aedium aestimationem (dies ist doch wohl auch nicht mehr als das Duplum des Beschädigungsgegenstandes!) sive pecora contagione morborum pecoris (venditi) perierunt, quod interfuit idonee venisse, praestandum erit““ l. 45. §. 1. eod. „si sciens quis alienum servum vendiderit, omnimodo teneri debet“““ (d. h. für das Interesse nicht bloß evictionis nomine ad simplum servi, wie in l. 60. de evict. gesagt wird.).

geklagt werden: nämlich „si servum mihi ignorantem sciens furem vel noxium esse vendideris, quamvis duplam promiseris, teneris mihi ex emto, quanti mea intererit scisse, quia ex stipulatu eo nomine agere tecum non possum, antequam mihi quid abesset“ ist der Inhalt legis 4. D. de act. emt. vend. — Aber sollten wir uns dann wirklich durch dieses Fragment irre leiten lassen? Sagt es dann nicht bloß, daß der Käufer des vom Verkäufer ihm gemachten Versprechens der Dupla auf den Fall der Eviction ohngeachtet auch vor dem Eintritte der Eviction auf sein Interesse, nicht durch einen servus noxius oder für betrogen worden zu seyn, klagen könne: und dann fänden wir auch in dieser Stelle nichts mehr als in den anderen angeführten ausgesprochen. — — Wie war es wohl möglich, auf die Idee zu kommen, auf welche Magnus gerieth, dem es doch nicht entgehen durfte, daß beim betrüglich schädlichen Verkaufe die Ersatzforderung des Käufers schon

nach dem Pandectenrechte nur das Duplum, aber versteht sich nicht des Verkaufsgegenstandes sondern eigentlich des Beschädigungsgegenstandes, gerichtet werden konnte, und der es wohl wissen sollte, daß alle andere Fälle, wo der Beschädigte nach dem Pandectenrechte mehr als das Duplum des Beschädigungsgegenstandes fordern konnte, gerade durch die neue Justinianeische Constitution beschränkt wurden. Das Sonderbarste aber hierbei ist, daß Wehrn und Glück, welche doch nur den dolus oder die culpa lata zum Ersatz des Lucrum extra rem geeignet finden*), auch zugleich wieder den dolus

*) Wehrn in der angef. doctrina jur. explicatrix §. 53. Glück (Erläut. der Pandect. §. 333.) sagt doch mit Beziehung auf Wehrn ausdrücklich auf der unmittelbar vorhergehenden Seite. „Es ist der Unterschied nicht ausser Acht zu lassen, daß zwar, wenn ein dolus oder culpa lata begangen worden, alles Interesse sowohl im allgemeinen als besonderen Verstande, folglich nicht nur der wirkliche Scha-

oder die culpa lata als Ausnahme derjenigen Fälle, wo das *lucrum extra rem* nicht über das *Duplum* steigen dürfte, angeben: in welchen Fällen bliebe es dann wohl nun noch nach Wehrn und Glück bei der Regel, daß das *lucrum extra rem* innerhalb der Grenzen des Doppelten zu beschränken wäre? Etwa nach ihren Ansichten noch bloß in der Person des Vormundes! — — Glück *) setzt diesen Ausnahmen noch eine dritte hinzu, nämlich: „wenn die stillschweigende Verpflichtung, für die Gefahr und allen Schaden zu haften, entweder

de, sondern auch der entzogene Gewinn ersetzt werden müsse, hingegen im Falle eines mässigen oder geringen Versehens, in der Regel, das *lucrum cessans* nicht prästirt werde, wenn nicht etwa Jemand zugleich die besonderen Pflichten seines Amtes verletzt haben sollte, vermöge deren er nicht allein verbunden war, Schaden von dem Andern abzuwenden, sondern auch dessen Bestes, soviel möglich, zu befördern (wie der Vormund).“

*) A. a. O.

schon in der Natur des eingegangenen Contractes oder in dem besonderen Stande der Person liege, welche durch ihre Schuld den Schaden verursacht habe.“ Das letztere Glied erklärt er beispielweise durch einen Kunstverständigen, das erstere durch den Fall, wenn ich durch ein mir verkauftes unbrauchbares Weinfass Schaden erlitten hätte. . . Wahr ist es freilich, daß der Kunstverständige in Sachen der Kunst immer wenigstens für culpa levis haftet, aber daß er diese durch mehr als das Duplum zu ersetzen habe, steht in keinem Gesetze und ist durchaus falsch. Ebenso ist es wahr, daß der Verkäufer eines unbrauchbaren Weinfasses dem Käufer für allen Schaden, der ihm dadurch an seinem Weine entsteht, ersetzen muß (l. 6. §. 4. de act. emt. vend. l. 13. pr. l. 27. eod.); aber dieß ist auch nichts weniger als eine Ausnahme von Justinians Constitution; denn nicht das Duplum des verkauften Weinfasses, wovon

Glück ausgehet, sondern das Duplum des dadurch verdorbenen Weines soll nach Justinians Absicht höchstens zu ersetzen seyn.

Wer Ersatz für zugefügten Schaden oder entgangenen Gewinn fordert, muß den Beweis desselben übernehmen, und in der Regel nach der allgemeinen Theorie der Kraft einzelner Beweismittel vollständig führen: wie oben gezeigt, gewährt ihm hier der Dolus des Beschädigenden in der Regel keinen Anspruch auf einen um einen Pfennig grösseren Ersatz, als dessen culpa praestanda oder mora. Diese beiden Regeln werden indess beschränkt durch das iuramentum in litem ob dolum vel contumaciam *) rei, vermittelt dessen der Beschädigte seine Affection oder den ihm entgangenen Gewinn selbst schätzt.

Wenn nämlich der Beklagte sich hartnäckig weigert, oder listigerweise sich in

*) *Ex culpa autem non esse iusjurandum deferendum constat, sed aestimationem a iudice faciendam, l. 4. §. 4. de in litem iurando.*

den Stand der Unmöglichkeit versetzt hat, dem Kläger sein Eigenthum zu restituiren, also denselben gleichsam zwingen will, sich seines Eigenthums zu begeben, so kann dieser sein etwaiges *lucrum extra rem* sowohl, als seine etwaige Affection zur Sache durch den Eyd schätzen — *juramentum in litem singularis interesse vel etiam affectionis*

I. 2. §. 1. in f. D. de in litem jurando „cum *dolus* aut *contumacia* non restituentis vel non exhibentis punitur, aestimatur, quanti in litem juraverit actor“““ I. 8. §. 1. D. rerum amot. „Sabinus ait, si mulier res, quas amoverit, non reddat, aestimari debere, quanti in litem vir jurasset: non enim aequum erit, invitum suo pretio res vendere.“““

I. 68. D. de rei vindicat. „cum contumacia punienda sit, arbitrio potius domini rei pretium statuendum,

potestate petitori in litem jurandi concessa. “““

So wenig dieser subsidiarisch ist, eben so wenig läßt es sich in Abrede stellen, daß er doch arbiträr ist, denn so wie der Richter das Anerbieten des Klägers, diesen Eyd auszuschwören, ganz umgehen kann *), so steht es ihm auch zu, eine gewisse ihm wahrscheinliche Interesse- oder Affectionsgrenze festzusetzen, über welche hinaus der Kläger nicht schwören darf, auch den geleisteten Eyd noch auf eine gewisse Summe einzuschränken oder

*) Ein völlig uneingeschränktes Recht der Würdigung des Klägers vertheidiget Drummer Theorie des Würdigungseydes 1806. Seite 22. folg. . . Im 17ten §. dieser Abhandlung ist es ganz richtig erklärt, was das heißt „dem Kläger ist es erlaubt zu schwören in infinitum, nicht in immensum:“ aber das „*licuit enim et a primo nec deferre*“ ist doch wohl ohne Grund ganz unberücksichtigt geblieben. Vom vernünftigen Ermessen des Richters (*arbitrio judicis*) hängt doch immer die Zulässigkeit dieses Eydes ab.

gar für unwürksam zu erklären. Alles kommt hierbei darauf an, welche juristische Wahrscheinlichkeitsgründe dem Richter vor Augen liegen:

l. 5. §. 1. 2. D. de in litem jurando „sed judex potest praefinire certam summam, usque ad quam juretur: *licuit enim et a primo nec deferre*. Etenim et si juratum fuerit, licet judici vel absolvere, vel minoris condemnare.“““

l. 18. D. de dolo malo „officio judicis debet taxatione jusjurandum refrenari.“““

l. 4. §. 2. D. de in litem jurando „Jurare autem in infinitum licet. Sed, an judex modum iurijurando statuere possit, ut intra certam quantitatem juretur? quaero: et quidem in arbitrio esse judicis, deferre jusjurandum, nec ne, constat.“““

Aus l. 54. D. mandati

„Si in hoc mandatum intercessit, ut

*servus (venditus) manumitteretur, nec
mahumiserit (emtor), et pretium con-
sequetur dominus ut venditor, et af-
fectus ratione mandati agetur: finge
filium naturalem vel fratrem fuisse:
Placuit enim prudentioribus, et affectus
rationem in bonae fidei judiciis haben-
dam. “ “ “*

wird auch die rechtliche Existenz eines jura-
menti in litem *affectionis* unwiderleglich be-
wiesen. Drummer *) erklärt sich durchaus

*) In der angef. Abhandlung Seite 30. 31. daselbst
sagt er „nach dem Ausspruche von Paulus
„non enim aequum est, invitum suo pretio
„rem vendere“ soll der Kläger ganz in der
„Qualität eines freien Verkäufers erscheinen:
„allein einem verständigen Verkäufer mögte
„es wohl nicht in den Sinn kommen, nach
„seiner Affection den Preis seiner Waa-
„re für einen Käufer dieser Welt bestimmen
„zu wollen: so wenig also im Kaufe und
„Verkaufe, eben so wenig kann im Würde-
„rungsrechte Affection als Maasstab gebraucht
„werden. — Zu diesem kömmt, daß doch

dagegen, aber seine Gründe sind durchaus nicht haltbar. Was nämlich der Verkäufer hier als Affectionersatz einklagt, fordert er nicht als Verkäufer, sondern als Mandant; und dieß ist nichts weniger als Interesse,

„die Gesetze meinen, der Richter könne eine
„bestimmte Gröfse des Werthes dem Kläger
„vorlegen, innerhalb welcher der Kläger erst
„würdern dürfe: nun ist Affection, an
„welcher doch diese Summe präfinirt werden
„müßte, etwas absolut Subjectives, und folg-
„lich von der Natur, daß sie sich rücksicht-
„lich desselben Objectes bei verschiedenen
„Subjecten in verschiedene Grenzen, ja so-
„gar ins Unendliche erstrecken kann: wie
„und wonach könnte denn da der Richter
„seine Fundamentalgrösse berichtigen? —
„Am heftigsten scheint dagegen l. 54. mandati
„zu sprechen; allein auch darin ist von einem
„Preise die Rede, den der Herr ut venditor
„erhält; und Affect zur Sache kann nicht
„mit einem Affect zum Gelde, sondern
„nur Brauchbarkeit der ersteren mit
„der Brauchbarkeit des letzteren ins
„Verhältniß gebracht werden: *affectus* heißt
„also in der angeführten l. 54. mandati soviel
„wie Interesse.““

sondern in der That Ersatz für die verletzte Affection oder Zuneigung. Diese ist allerdings zwischen Geschwistern oder Aeltern und Kindern in einem vorzüglichen Grade vorhanden, aber ein grösserer Gemeinwerth ist in ihnen als solchen nicht vorhanden. H. Dr. Drummer hat in seiner Abhandlung tiefe Einsichten und Rechtskenntnisse gezeigt, aber die Idee, daß der Affect kein Geldäquivalent vertrage, scheint mir nach unserer positiven Legislation durchaus ungegründet. Wird dann nicht z. B. in §. 7. Inst. de injuriis dem Injuriirten anheimgestellt, sein gekränktes Ehrgefühl zu taxiren?

„Praetores permittebant ipsis, qui injuriam passi sunt, eam aestimare, ut
 „judex vel tanti reum condemnet,
 „quanti injuriam passus aestimaverit,
 „vel minoris prout ei visum fuerit —
 „haec poena injuriarum, quam Praetores introduxerunt, in judiciis frequentatur: nam secundum gradum

„*dignitatis vitaeque honestatem crescit*
„*aut minuitur aestimatio injuriae.*“““

Es bleibt also bei der alten Meinung, daß es ein juramentum in litem *singularis interesse* und ein juramentum in litem *affectionis* giebt: auch finden wir ein juramentum in litem *veritatis*, welches der Kläger als Beschädigter Theil ausschwört, wenn es der Ausmittlung des wahren Werthes einer Sache gilt, und weder Kläger noch Beklagter einen anderen Beweis darüber herzustellen, noch auch der Richter ihn von selbst zu finden im Stande sind, mag nun des Beklagten *dolus*, *culpa praestanda* oder *mora* die Veranlassung der Prästationsunmöglichkeit seyn.

l. 5. §. 4. D. de in litem jurando „Plane interdum et in actione stricti iudicii *) in litem jurandum est, *veluti si promissor Stichum moram **) fecerit, et*

*) Also gewiß auch in allen actionibus bonae fidei.

**) Vielmehr also, wenn culpa praestanda oder dolus des Beklagten eintrat.

Stichus decesserit, quia (wenn nämlich) judex aestimare sine relatione jurisjurandi non potest *rem quae non extat* *). “““

Zum Schlusse dieser Darstellung des Würdigungseydes bemerke ich noch, dafs nach Justinian's Constitution (l. un. Cod. de sentent. quae pro eo quod interest profer.) in Ansehung derjenigen Fälle, welche, wie der Kaiser sagt, certam quantitatem habent vel naturam, nicht über das Duplum geschworen werden darf, mag nun der Eyd auf Interesse oder auf Affection gehen.

Durch die bisherige Ausführung werden wir auf die Frage aufmerksam gemacht, ob und in wie ferne der Besitzer in gutem Glauben (possessor bonae fidei) die Früchte einer fremden Sache erwirbt, welche

*) Dieser Eyd geht also nie auf das *lucrum* oder *damnum extra rem*.

er vor der Interpellation des Eigenthümers *) bezog?

Den Begriff von Früchten und die eigentlich durchaus überflüssige Eintheilung derselben in fructus naturales und industriales **)

*) Sobald nämlich mora in der Person des bonae fidei Besitzers ihren Anfang genommen hat, so muß er das Interesse, mithin auch die von Zeit der eingetretenen mora zu beziehenden Früchte vergüten. l. 38. §. 1. D. de usuris et fructibus etc.

**) Wenn der rechtliche Genuß der industriellen Früchte im Gegensatze des der natürlichen verschiedentlich zu beurtheilen wäre, wie der berühmte Doneau (comment. jur. civ. lib. IV. cap. 25.) glaubt, so müßte dieses Unterschiedes wenigstens in der summarischen Darstellung §phi 35. Instit. de rerum divisione gedacht seyn: doch kommt auch hier so wenig als in irgend einem andern die Stelle einer Regel vertretenden Fragmente nur eine Sylbe davon vor. Nur ausnahmsweise, in Beziehung des Früchtenerwerbrechtes bei Schenkungen unter Ehegatten erwähnt Pomponius jenes Unterschiedes, ob die fructus ex facto donatarii nascuntur (intusdriell sind) oder nicht? Jene soll er erwerben können, weil

glaube ich hier den Compendien überlassen zu müssen: dafs man sie überdiefs in naturales und civiles eintheilt, ist dem römischen Sprachgebrauche ganz zuwider, denn den Zinsen von einem Capitale (und der Hausmiete), welche man gewöhnlich unter die Rubrick bürgerlicher Früchte bringt, ist ausdrücklich diese allegorische Benennung versagt *).

Soviel nun unsere wichtige und sehr schwierige Hauptfrage betrifft, so wurde sie schon von Cornel. van Eck **) durchaus richtig,

dadurch der Schenkende nicht ärmer wird; diese aber nicht, meint Pomponius l. 45. D. de usuris. — Dafs nun auch dieses Fragment aus Ulpian als antiquirt zu achten ist, werde ich unten beweisen.

*) L. 121. D. de verbor. signif. „usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est, nova obligatione.““““

**) In principiis juris civilis secundum ordinem Digestorum in usum domesticorum collegiorum vulgata. (Schade, dafs dieses vortreffliche

jedoch der compendiarischen Fassung wegen nicht exegetisch vollständig genüg, beantwortet. Van Eck hat bekanntlich den entschiedenen Vorzug, dafs er, von aller Nachbeterei entfernt, nur eine ausgezeichnete Exegese überall zum Grunde legte: wir wollen also seine hierher gehörige Darstellung von Satz zu Satz prüfen und commentiren.

(Tit. de Rei Vindic. §. 29—30.)

Erster Satz. *Bonae fidei possessor omnes fructus tam naturales quam industriales sive extantes sive consumptos percipiendo facit suos*

§. 35. Instit. de rerum divis. „siquis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet justa causa aequae bona fide acceperit, naturali ra-

Werk schon sehr selten geworden ist.) Auch Westenberg (princ. jur. secund. ord. Digest. Lib. VI. tit. 1. §. 32. und 33.) hat wenigstens dieselben Resultate aufgestellt.

tione placuit fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura et cura. Et ideo si postea dominus supervenerit, et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumtis agere non potest. “““

§. 2. Instit. de offic. jud. „si bona fide possessor fuerit, non habetur ratio fructuum consumtorum. “““

Der Besitzer in gutem Glauben erwirbt sich also das Eigenthum an allen Früchten ohne Unterschied durch die Perception, sagt van Eck. Vollkommen richtig, nur muß man die von ihm gemeinte Perception nicht mißverstehen. Nach einem anderen Ausdrucke erwirbt der Besitzer in gutem Glauben alle Früchte schon gleich nach geschעהner Trennung derselben vom Boden oder von den Bäumen, und dieser Trennung wird dann die vollste Perception durch besondere Verwahrung oder Zubereitung derselben entgegengesetzt z. B. in l. 48. D. de adquir. rer. domin. „etiam priusquam (fructus) percipiat, statim

ubi a solo separati sunt, bonae fidei emtoris fiunt“ allein Paullus selbst bediente sich des Ausdrucks „*perceptio*“ Statt „*separatio*“ in l. 78. D. de rei vind. „Labeo, si ejus fundi, quem alienum possideres, fructum non coegisti, nihil ejus fundi fructuum nomine te dare oportet. Paullus (der Epitomator Labeo's): immo quaeritur: hujus fructus idcirco factus est, quod is eum suo nomine *perceperit*. *Perceptionem* fructus accipere debemus, non si perfecte collecti, sed etiam *coepti ita percipi*, ut terra *continere se fructus desierint*: veluti si olivae uvae lectae, nondum autem vinum oleum ab aliquo factum sit: statim enim ipse fructum accepisse existimandus est.“

Zweiter Satz. „*Consumptos quidem perpetuo jure, sive inde locupletior sit factus, sive non: secus est in hereditatis petitione*“

cit. §. 2. Inst. de offic. jud.

cit. §. 35. Inst. de rer. divis.

l. 4. §. 2. fin. regund. „Post litem contestatam etiam fructus venient in hoc

judicio, sed ante judicium percepti non omnimodo hoc in judicium venient: aut enim bona fide percepit, et lucrari eum oportet, si *eos consumsit*; aut etc.

l. 25. §. 11. de hered. petit. „Cosultuit Senatus bonae fidei possessoribus ne in totum damno afficiantur, sed in *id duntaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt.*“““

Hiermit ist gesagt, daß der b. f. Besitzer in Ansehung verbrauchter oder auch veräußerter Früchte dem Eigenthümer schlechterdings nicht hafte, denn unter *Consumere* ist auch das Veräußern begriffen *). Dahingegen sind die Rechtsgelehrten noch gar nicht darüber einverstanden, ob der b. f. Besitzer einer Erbschaft nicht in so ferne dafür Ersatz leisten muß, als er sich durch deren Consum-

*) Vergl. l. 15. D. de rebus dubiis. l. 12. D. de rebus creditis. l. 9. §. ult. in f. D. de juris et facti ignor.

tion zur Zeit der Klage reicher befand*)? Viele haben ihn auch davon frei erklärt, weil doch in §. 2. Inst. de officio judicis ganz allgemein gesagt wird „in utraque actione (d. h. hered. petit. und rei vind.), si bonae fidei possessor sit, non habetur ratio neque consumtorum, neque non perceptorum“ allein eben diese allgemeine Fassung widerstrebt der Vermuthung, daß besondere ohnehin schon gesetzlich normirte**) Verhältnisse dadurch anders, als vorher in den Specialgesetzen, bestimmt seyn sollen.

Man könnte hier noch unserem classischen

*) Hierüber vergl. l. 25. §. 12. 13. 14. 15. de hered. petit. insonders §. 16. eod. „siquid lautius contemplatione hereditatis impendit, in hoc non videtur factus locupletior, in statutis vero suis sumtibus videtur factus locupletior; utique enim et si non tam laute erogasset, aliquid tamen ad victum quotidianum erogasset.“““

**) Und zwar aus einem ganz eigenen Grundsätze der universitas juris, „pretium succedit in locum rei“ vergl. l. 20. §. 1. und 2. D. de petitione hereditatis.

Führer etwa vorrücken, warum er von usu-
capirten Früchten nichts erwähnt habe?
Doch nein — es versteht sich schon von
selbst, daß der Eigenthümer auch auf diese
gar keinen Anspruch hat, noch weit weniger
im Grunde, als auf die veräußerten. Paul-
lus selbst beantwortet einen solchen etwai-
gen Einwand mit „*nec usucapi debet, sed sta-
tim bonae fidei possessoris fit*“ sollte auch die
Sache selbst der Usucapion desselben gar nicht
unterworfen seyn.

l. 4. §. 19. D. de usucap. et usurpat.
„Lana ovium furtivarum, siquidem
apud furem detonsa est, usucapi non
potest; si vero apud bonae fidei emto-
rem, contra; quoniam in fructu est:
*nec usucapi debet, sed statim emtoris
fit.*“““

Dritter Satz. „*Fructuum extantium do-
minium interim consequitur, donec dominus
fundum cum fructibus extantibus vindicet*“

l. 48. de adquir. rer. domin.“

l. 22. Cod. de rei vind.

non obstant

l. 25. §. 1. l. 28. pr. de usuris.

An den Früchten erwirbt der b. f. Besitzer ein Eigenthum, welches alle Wirkungen, die dem Eigenthume überhaupt zugegeben sind, hervorbringt „*pleno jure statim suos facit fructus*““ sagt Gajus in cit. l. 28. Eben so Paulus in l. 48. cit. „*bonae fidei emtor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit; denique etiam priusquam percipiat, statim ubi a solo separati sunt, bonae fidei emtoris fiunt.*““ Jedoch ist dieses Eigenthum in so ferne wiederruflich, als die Früchte zur Zeit der Klage noch in Natur beim Besitzer der Hauptsache sich vorfinden. Dieß beweiset zumal noch deutlicher l. 22. Cod. de rei vind. „*certum est, bonae fidei possessores solere cum ipsa re praestare fructus extantes.*“ Doneau behauptet zwar, die natürlichen wenigstens noch in Natur vorhandenen und nicht verjährten Früchte müsse der Besi-

tzer b. f. ersetzen, weil diese unter der gegebenen Voraussetzung als wahre Accession der Hauptsache anzusehen seyen, hingegen die industriellen, sobald diese von der Hauptsache getrennt wiewohl noch in Natur vorhanden und unverjährt seyen, nicht: um nun die angeführte seiner Behauptung rein widersprechende Codexstelle zu beseitigen, erklärt er das Wort „*extantes*“ für *extantes* im gesetzlichen (nicht natürlichen) Sinne, nämlich für *stantes* oder *pendentes*. Warum aber die industriellen Früchte nicht eben so wie die natürlichen als Accession der Hauptsache anzusehen seyn sollen, weiß ich nicht; und der Ausdruck „*fructus extantes*“ heisst in der römisch-gesetzlichen Sprache keinesweges so viel, als *stantes seu pendentes*, sondern wird immer dem Ausdrucke „*fructus consumti*“ entgegengesetzt (l. 3. Cod. de condict. ex lege. l. 4. Cod. de crim. expil. hered.)

Das interimistische Eigenthum des b. f. Besitzers an den Früchten dauert so lange,

bis der gerichtliche Vindicationsantrag von Seiten des Eigenthümers gemacht wird. An einem anderen Orte *) habe ich ein ähnliches Beispiel eines zwar an der Hauptsache bestehenden interimistischen Eigenthumes der Art erklärt, nämlich in der Person des dolosen Käufers, nach l. 10. Cod. de rescind. vendit. Sobald also der Eigenthümer gerichtlich auftritt, so muß von nun an das interimistische Eigenthum des b. f. Besitzers an den Früchten als erloschen angesehen werden, vorausgesetzt, daß der Kläger ein obsiegliches Urtheil nachmals erhalten hat. Nach der Meinung des früheren Julian's **) bleibt er zwar

*) Vergl. mein Handbuch des Civilrechts II. 6.

**) Sie findet sich in l. 25. §. 2. D. de usuris „bonae fidei emtor sevit, et, antequam fructus perciperet, cognovit, fundum alienum esse, an perceptione fructus suos faciat? quaeritur: respondit, bonae fidei emtor quod ad percipiendos fructus intelligi debet, quamdiu evictus fundus non fuerit; nam et servus alienus, quem bona fide emero, tamdiu mihi ex re mea vel ex operis suis adquiret, quamdiu a me evictus non fuerit.“““

Eigenthümer der Früchte bis zum Ausgange des Streites, und man stritt hierüber noch fast zu den Zeiten Ulpian's, der sich jedoch nachdrücklich gegen Julian erklärte (l. 23. §. 1. de acquir. rer. dom. „tamdiu autem acquirit, quamdiu bona fide servit: caeterum si coeperit scire, eum esse alienum vel liberum, videamus, an ei acquirit? Quaestio in eo est, utrum initium spectemus an singula momenta? *Et magis est, ut singula momenta spectemus*“). Auch die Kaiser Diocletian und Maximian entschieden gegen Julian nachher noch in l. cit. 22. Cod. „certum est, bonae fidei possessores praestare solere fructus extantes, post autem litiscontestationem universos“““*).

Vierter Satz. *Dixi tam naturales quam industriales fructus. Idque liquido probatur per*

l. 48. de acquir. rer. dom. l. 25. §.

1. de usuris

*) So erklärt sich auch van Eck §. 31.

*nec contrariae opinioni quidquam praesidiū
est in*

l. 45. D. de usuris.

Diefs sind die Schlussworte des Verfassers.
Daneu räumt bekanntlich dem b.f. Besitzer
an den industriellen Früchten, sobald sie
von der fruchttragenden Sache getrennt seyen,
ein unwiederrufliches Eigenthum ein. Zwar
steht ihm hierin entgegen

l. 48. cit. „bonae fidei emtor non dubie
percipiendo fructus etiam ex aliena re
suos *interim* facit, non tantum eos,
qui diligentia et opera ejus pervene-
runt, sed omnes.“

aber mit Versetzung des Wortes „interim“
sucht er die hier gemachte Gleichstellung aller
Früchte auf die gezwungenste Weise zu
entfernen. Julian, meint er, habe in
seinen Schriften *) die Frage gestellt „ob

*) L. 25. D. de usuris etc. „in fundo alieno,
quem Titius bona fide mercatus fuerat, fru-
mentum sevi: an Titius bonae fidei emtor

der bonae fidei Besitzer auch diejenigen industriellen Früchte zu beziehen habe, welche nicht er selbst, sondern ein Dritter durch seinen Fleiß befördert hätte“ diese Frage habe Julian in der angeführten Stelle bejahet, und dahin deutet der Zusatz von Paulus in der angef. l. 48. „*sed omnes.*“ Dieß heißt doch wahrlich recht gesucht und recht einschränkend erklärt: aber wäre auch nicht die bekannte l. 28. de usuris, die doch gewiß von natürlichen Früchten spricht *), mit jener Stelle aus Paulus in

perceptos fructus suos faciat? Respondi: quod ad fructus, qui ex fundo percipiuntur, intelligi debent ea propius accedere, quae servi operis suis adquirunt, quoniam in percipiendis fructibus magis corporis jus, ex quo percipiuntur, quam seminis, ex quo oriuntur, aspicitur: et ideo nemo unquam dubitavit, quin, si in meo fundo frumentum tuum severim, segetes, et quod ex messibus collectum fuerit, meum fieret.“““

*) „In pecudum fructu etiam foetus est, sicut lac et pilus et lana: itaque agni et haedi et

so ferne gleichlautend, wäre nicht die bekannte Institutionenstelle (§. 35. de rer. divis. et adquir. ear. dom.) eben so gleichlautend, so müßte doch wenigstens der Nachsatz „*sed omnes*“ in l. 48. cit. weit deutlicher auf Doneau's Erklärung gerichtet seyn, um auch nur die Richtigkeit derselben zu ahnen. Mit Stillschweigen könnte ich hier einige Stellen von Paulus und Ulpian übergehen, wenn es nur einer Widerlegung Doneau's gelten sollte: allein da diese Stellen selbst überhaupt einer Erklärung bedürfen, und doch auch

vituli statim pleno jure sunt bonae fidei possessoris.““ Wer freilich, wie Doneau, die Wolle und Lämmer etc. unter die Kategorie industrieller Früchte rechnen will, für den giebt es im Grunde gar keine natürliche: denn auch das Heu kommt nicht von selbst in die Scheune, es ist immer einiges Mitwirken des Percipienten nöthig. Fructus, qui ex facto hominis nascuntur, sind nach l. 45. de usuris industrielle, alle andere aber natürliche Früchte.

allen meinen Vorgängern *) wohl ganz unbekannt geblieben zu seyn scheinen, so sollen sie hier besonders erläutert werden. Die erste ist

I. 4. §. 19. D. de usurpat. et usucap.
„Lana ovium furtivarum, siquidem
apud furem detonsa est, usucapi non
potest; si vero apud bonae fidei emto-
rem, contra, quoniam in fructu est,
nec usucapi debet, *sed statim emtoris
fit: idem in agnis dicendum, si consumti
sint, quod verum est.*“““

Aus diesem Schlufssatze scheint eine höchst-
ungleiche Beurtheilung der Lämmer und der
Wolle in Ansehung des Erwerbes derselben
von Seiten des percipirenden b. f. Besitzers
hervorzugehen: denn warum setzte Paulus
nicht auch bey der Wolle hinzu „*si consumta
sit*“? Eine ganz befriedigende und ganz un-

*) Weder Corn. van Eck noch Westenberg, welche doch die meisten Stellen über diese Lehre combinirten, haben sie angeführt.

gezwungene Erklärung bleibt in der That unmöglich, so lange wir, wie zwar in den besten Ausgaben und Manuscripten geschehen, den unmittelbar darauf folgenden Satz durch einen eigenen Paragraph trennen. Dieser Satz, welcher durch §. 20. fast ganz ausser Verbindung mit §. 19. gesetzt ist, lautet „*si ex lana furtiva vestimentum feceris, verius est, ut substantiam spectemus, et ideo vestis furtiva erit*“ und die Verbindung müßte nun auf diese Weise hergestellt werden *)

§. 20. „Idem in agnis dicendum si consumti sint, quod verum est: *si ex lana furtiva vestimentum feceris, verius est, ut substantiam spectemus, et ideo vestis furtiva erit.*“

Nun wird die Interpretation gar keine Schwierigkeit haben. In Ansehung der Consumption der Früchte von Seiten des Diebes selbst waren

*) Im Grunde ist dieß gar keine Veränderung, da die Florentina gar keine Paragraphen hat.

nämlich die römischen Juristen nicht ganz einverstanden: hatte er durch Veräußerung oder Selbstgebrauch die Früchte consumirt, so sprachen sie ihm begreiflich alle das Eigenthum daran ab: hatte er sie aber durch Verwandlung (Specification) consumirt, so gestatteten ihm manche, versteht sich gegen Ersatz der gestohlenen Materie, das Eigenthum an der neuen Species, andere hingegen erklärten ihn schuldig, auch die neue Species selbst herauszugeben, und dieser letzteren Meinung gab Paulus den Vorzug „*verius est etc.*“ Eine andere hier zu erklärende Stelle ist

l. 48. §. 5. 6. D. de furtis „*ancilla si subripiatur praegnas, vel apud furem concepit, partus furtivus est, sive apud furem edatur, sive apud bonae fidei possessorem: sed si concepit apud bonae fidei possessorem, ibique peperit, eveniet, ut partus furtivus non sit, verum etiam usucapi possit. Idem*

et in pecudibus servandum est, et in fetu earum, quod in partu. — *Et furtivis* equis nati statim ad bonae fidei emptorem pertinebunt, merito, quia in fructu numerantur: at partus ancillae non numeratur in fructu. “ “ “

Liest man hier mit den meisten Ausgaben und Manuscripten Statt „*et furtivis*“ *ex furtivis*, so kann man auf die Idee gerathen, die Füllen würden früher erworben, als Lämmer u. d. gl. Die Florentina hingegen liest „*et*“ und nach dieser Leseart kommt der zu den übrigen Stellen vollkommen passende Sinn heraus „dass die Jungen (worunter die Füllen beispielweise noch ausdrücklich genannt werden), wenn sie während des Besitzes des bonae fidei possessor concipirt wurden, nicht nur von ihm verjährt werden können, sondern auch sogleich nach ihrer Trennung von dem Mutterthier Eigenthum desselben werden.

Wir müssen nun noch zeigen, dass nach

der Meinung unseres Führers die oben angeführte l. 45. de usuris der bisherigen Darstellung nicht entgegen stehet.

Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit, illos tamen, quos suis operis adquisierit, veluti serendo: nam si pomum decerpserit vel ex sylva caedit, non fit ejus, *sicuti nec cujuslibet bonae fidei possessoris*, quia non ex facto ejus is fructus nascitur.“““

Hierin wird das interimistische Eigenthum der natürlichen Früchten einem bonae fidei possessor durchaus abgesprochen. Da diese Stelle aber nur von einem besonderen Falle redet, so bedarf es keiner weiteren Beweise, daß der etwaige Schluss, der b. f. Besitzer erwerbe überhaupt kein interimistisches Eigenthum an den natürlichen getrennten Früchten, dadurch nicht begründet wird. Indes ist sie immer eine sehr interessante Stelle, welche zu mehreren Fragen Veranlassung giebt. Es fragt sich also erstens „warum

wird hier dem b. f. Besitzer alles Recht an den natürlichen Früchten abgesprochen? diese wäre wohl die leichteste Frage: denn Schenkungen unter Ehegatten, wodurch der Schenkende ärmer und der Beschenkte reicher wird, sind durch unsere positiven Gesetze durchaus verboten, und dießs Verbot bezog P o m p o n i u s auch auf die natürlichen Früchte der geschenkten Hauptsache, indem auch diese schon von selbst dem Schenker durch die Hauptsache zu Theile würden. . . Schon bedeutender ist die zweite Frage „was P o m p o n i u s durch den Zusatz „*sicuti nec cuiuslibet bonae fidei possessoris*“ sagen wollte? Ich würde ihn davon verstehen „daß die Früchte weder vom beschenkten Gatten durch Selbstverbrauchen, noch von einem Dritten, an welchen sie etwa vom Gatten veräußert wurden, erworben werden könnten, denn bekanntlich ist in allen übrigen Fällen das Eigenthum der getrennten Früchte nur so lange sie sich unverjährt im Besitze des ersten b. f. possessor

befinden, wiederruflich. Eine andere Erklärung dieses Zusatzes finde ich in der Inaugural-Dissertation von Arens *). Dieser unterscheidet zwischen einem bonae fidei possessor, qui versatur in errore juris und einem bonae fidei possessor, qui versatur in errore facti: nur jener soll von dem Erwerbe der natürlichen Früchte gänzlich ausgeschlossen seyn. So gezwungen diese Erklärung ist, so irrig ist sie auch. Es ist ja ausgemacht, daß derjenige, welcher in errore juris versirt, doch bonae fidei Besitzer seyn kann, denn zwischen praedo im weiten Sinne oder malae fidei Besitzer und bonae fidei Besitzer giebt es kein Mittelding: wenn nun Ulpian den, welcher in errore juris versirt, ausdrücklich für keinen praedo im weiten Sinne erklärt **) so er-

*) Diss. de jure in fructus bonae fidei possessoribus competente.

**) L. 25. §. 6. D. de heredit. petit. „scire ad se non pertinere utrum is tantummodo videtur, qui factum scit, an et is, qui in jure erravit?“

klärt er ihn hierdurch für einen bonae fidei Besitzer. Die Hauptsache usucapiren kann ein solcher freilich nicht *), aber in Ansehung seiner sonstigen Rechtsverhältnisse und insonders seines Früchtenperceptionsrechtes ist nirgends eine Abweichung festgesetzt: am wenigsten läßt sich mithin eine so bedeutende Abweichung, wie Arens behauptet, in einem einzigen beiläufig zugeschriebenen Satze vermuthen. . . Die dritte Frage endlich ist die wichtigste, nämlich „kann die l. 45. de usuris von Pomponius noch jetzt als geltendes Recht angesehen werden? widersprechende ältere und jüngere Fragmente können nicht zusammen gelten, das jüngere hat also den Vorzug. So hier: Ulpian spricht dem

putavit enim recte factum testamentum, cum inutile erat, vel cum eum alius praecederet agnatus, sibi potius deferri: *Et non puto esse praedonem, qui dolo caret, quamvis in jure erret.* “““

*) L. 4. de juris et facti ignorantia „Juris ignorantiam in usucapione negatur prodesse.“

beschenkten Gatten die von dem geschenkten Gelde bezogenen Zinsen zu

l. 15. §. 1. D. de donat. inter vir. et uxor. „si maritus uxori pecuniam donaverit, eaque usuras ex donata pecunia perceperit, lucrabitur: haec ita Julianus libro octavo decimo Digestorum scribit“““

und gleich nachher ebenfalls die Früchten ohne Unterschied

l. 17. eod. „de fructibus quoque videamus, si ex fructibus praediorum, quae donata sunt, locupletata sit (uxor), an in causam donationis cadant? Et Julianus significat, *fructus quoque ut usuras licitam habere donationem*“““

dafs hierunter auch die natürlichen Früchten welche ohnehin fast bei jeder Sache vorzüglich und meistens zur Sprache kommen, begriffen sind, versteht sich von selbst. . .

Gewöhnlich werden von den Besitzern fremder Sachen während ihres Besitzes Kosten

theils auf die Sachen selbst, theils um Früchte davon beziehen zu können, verwendet. Haben sie einmal die Sache an den Kläger herausgegeben, so können sie ihren Kostenaufwand ohne allen Unterschied nicht mehr im Wege der Klage zurückfordern *), auch muß der bonae fidei Besitzer sich die verhältnißmäßige Berechnung der bezogenen Früchte gegen seinen Kostenanspruch gefallen lassen **). Uebrigens treten nach Verschiedenheit der Besitzer in Betreff dieses Kostenanspruches sehr verschiedenartige Rechtsverhältnisse ein. Nämlich 1.) der fur et praedo verlieren überhaupt alle von ihnen zu Verbesserung oder Früchtenertrag der Sache aufgewandten Kosten ***). 2.) Ein jeder andere Besitzer kann die auf die von ihm als Früchte der be-

*) L. 48. de rei vindicat. §. 30. Inst. de rer. div. l. 7. §. 12. de adquir. rer. dom.

**) L. 48. l. 65. D. de rei vindic.

***) L. 13. de condict. furtiva. Vergl. mit l. 1. Cod. de infant. expos.

sessenen Hauptsache zu vergütenden Früchte
verwandten Kosten *), so wie auch die auf die
Sache selbst verwandten nothwendigen Kosten
abziehen **), 3.) die nur nützlichen oder die
voluptuaireren Kosten, welche auf die Sache
selbst verwendet wurden, darf der malae fidei
Besitzer (praedo im weiten Sinne) nur weg-

*) L. 36. §. ult. D. de heredit. petit. „fructus
intelliguntur deductis impensis, quae quae-
rendorum, cogendorum conservandorumque
eorum gratia fiunt. Quod non solum in bonae
fidei possessoribus naturalis ratio expostulat,
verum etiam in praedonibus (im weiten Sinne
nämlich), sicut Sabino quoque placuit.“““
Ausdrücklich setze ich voraus, daß die Ko-
sten auf die als Früchte der besessenen
Hauptsache zu vergütenden Früchten ver-
wandt wurden; darum braucht sie der Kläger
im Falle der l. 27. §. 25. ad Leg. aquil. nicht
zu vergüten. Die Darstellung von Corn.
van Eck (a. a. O. §. 33.) ist nicht ganz
richtig.

**) Vergl. l. 48. D. und l. 5. Cod. de Rei Vind.
„malae fidei possessores ejus, quod in rem
alienam impendunt, nullam habent repeti-
tionem, nisi necessarios sumtus fecerint.““

nehmen, in so ferne dieß ohne Beschädigung der Hauptsache geschehen kann *), und eben dieß nur darf der bonae fidei Besitzer, wenn der Eigenthümer durch die Vergütung derselben Noth leiden würde **): sonst aber muß ihm der Eigenthümer zwar nie mehr als die Auslage, jedoch wenigstens soviel vergüten, als er zur Zeit der Restitution der Sache noch wahren Nutzen davon hat ***).

*) L. 37. D. de rei vind. „si in aliena area aedificassem, cujus bonae fidei quidem emtor fui verum eo tempore *aedificavi*, quo jam sciebam alienam. . . Puto, exceptionem non prodesse, . . . sed hoc concedendum est, ut sine dispendio domini areae tollat aedificium, quod posuit.“““

**) L. 38. D. de rei vindicat. „in fundo alieno, quem imprudens emerat, *aedificasti*. Finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laris vel sepulchris avitis carendum habeat? Sufficit tibi permitti tollere ex his rebus, quas possis, dum ita, ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum.“““

***) Vom vernünftigen Ermessen des Richters hängt hier Vieles ab l. cit. 38. „bonus iudex

Die Anwendung der bisher dargestellten Grundsätze von der Früchtenperception auf Miethegeld und Zinsen ist nur dadurch be-

varie ex personis causisque constituet.“ . . .
 Si aedificasti in fundo alieno, quem imprudens emeris, finge et dominum eadem fecisse; reddat impensam, ut fundum recipiat, usque eo duntaxat, *quo pretiosior factus est*, et si plus pretio fundi accessit (wenn sogar der ehemalige Werth des ganzen Fundus durch die Verbesserung mehr als verdoppelt worden seyn sollte), *totum, quod impernum est*. . .
 Constituimus vero, ut, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus esset possessor his rebus ablatiis, fiat potestas ei, neque malitiis indulgendum est, si tectorium puta quod induxeris, picturasque (dies sind impensae voluptuariae) corradere velis, nihil laturus nisi ut officias. . . Finge, eam personam esse domini, quae receptum fundum mox venditura sit, nisi reddat, quantum prima parte (oben) reddi oportere diximus, *eo deducto tu condemnandus es*.““
 Bei der Erbschaftsklage ist es nicht anders. Vergl. l. 39. §. 1. D. de hered. petit. . . Auch hier haben Corn. van Eck (a. a. O. §. 34. am Ende) und Westenberg (Tit. de rei vind. §. 37. nicht ganz richtig interpretirt.

schränkt, daß selbst der Besitzer in bösem Glauben sogar bezogene Zinsen nur dann vergütet, wenn ihm der Kläger die Gefahr des Capitals abnehmen will.

l. 34. D. de usuris „usurae vicem fructuum induunt, et merito non debent ab illis separari; et ita in legatis et fideicommissis et in tutelae actione et in caeteris judiciis bonae fidei servatur: hoc idem igitur in caeteris obventionibus dicemus.“““

l. 29. D. de hered. petit. „mercedes a colonis acceptae loco sunt fructuum. Item vecturae navium et jumentorum.“““

l. 62. D. de rei vindicat.

l. 30. D. de hered. petit. „Julianus scribit, actorem eligere debere, utrum sortem tantum, an et usuras velit cum periculo nominum agnoscere — dieß ist zu allgemein gesprochen, und kann nur vom Besitzer in bösem Glauben

verstanden werden; darum macht dagegen auch Paulus folgenden Einwand: — atquin secundum hoc non observabimus, quod Senatus voluit, bonae fidei possessorem teneri, quatenus locupletior sit: quid enim, si pecuniam eligat actor, quae servari non potest? (welchen er nun dahin löset) Dicendum itaque est in bonae fidei possessore, haec tantummodo (nomina) eum praestare (cedere) debere — dafs der b. f. Besitzer nur die ausstehenden Schulden an den gewinnenden Kläger abzutreten schuldig sey — id est, vel sortem et usuras ejus, si et eas percepit — d. h. er müsse herausgeben Capital und bezogene Zinsen wenn er beide in Händen habe — vel nomina cum eorum cessione in id facienda, quod ex his adhuc deberetur, periculo scilicet petitoris — oder, wenn er nichts davon in Händen

habe, müsse er die Forderungen an den Kläger auf dessen Gefahr abtreten. — —

C a s u s.

Hierunter ist vorzüglich das begriffen, was man unabänderliches Geschick nennet *), aber in Beziehung auf einzelne Rechtsgeschäfte auch das, was zwar möglicherweise vorhergesehen und abgehalten werden kann, worauf sich aber der in dem gegebenen Geschäfte zu prästirende Grad des Fleisses nicht erstreckt **). Der Casus kann, wie schon oben bemerkt, an und für sich nie Quelle eigentlicher Entschädigung werden, d. h. derjenige, in dessen Person oder an dessen Sache

*) Casus, vis divina, vis major, fortuna, detrimentum fatale, periculum sind gleichbedeutend.

**) Ein Casus, welcher durch culpa praestanda veranlassen wurde, ist ein Unding: in solchen Fällen ist die *praestatio culpa* begründet.

sich der Casus ereignet, dann deshalb keine Entschädigung fordern: in wie ferne er selbst aber nun doch zur versprochenen Leistung oder zum Ersatze dafür dem Mitinteressenten gehalten sey? ist eine andere Frage, welche in unserer Gesetzgebung allerdings entschieden ist. Nämlich ein Casus in der Person des Promittenten befreiet diesen von der seiner Seite zu leistenden Erfüllung der Hauptverbindlichkeit keineswegs. Wäre also z. B. der Dienstherr vor geendigter Dienstzeit krank geworden oder gestorben, so müßten seine Erben nichtsdestoweniger den ganzen Miethelohn an den Dienstpflichtigen entrichten.

l. 19. §. 9. D. locati cond. „cum quidam exceptor operas suas locasset, deinde is qui eas conduxerat, decessisset; imperator Antoninus cum Divo Severo rescripsit ad libellum exceptoris in haec verba: „cum per te non stetisse proponas, quo minus locatas operas Antonio Aquilae solveres, si

eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri aequum est.“““ *).

Kann also der Promittent, durch den Casus in seiner Person gehindert, die Hauptverbindlichkeit nicht erfüllen, so muß er den, dem Promissar hierdurch zugehenden Schaden, welcher sich wohl auch auf *lucrum circa*, aber nie auf das *extra rem* erstrecken kann, ersetzen. Ein Zufall in der Person kann auch, wie oben bewiesen wurde, *mora* begründen.

Dahingegen, wenn sich der Zufall nicht in der Person der Interessenten, sondern an

*) Add. l. 38. eod. Dafs in solchen Fällen der Dienstbote gehalten sey, sich um einen andern Dienst zu bewerben, widrigenfalls aber von den Erben des verstorbenen Dienstherrn nichts zu fodern habe, ist nicht gesagt — nur so viel ist richtig, dafs der Dienstbote von ihnen alsdann nichts fodern kann, wenn er mittlerweile einen andern Dienst angenommen hat.

dem Verbindlichkeitsgegenstande zuträgt, so wird nur das Geschäft dadurch ganz oder zum Theile aufgehoben. Die Folgen hiervon sind nach der Natur eines jeden einzelnen Geschäftes zu beurtheilen. Sie bestehen gewöhnlich in der Rückgabe des vom Mitinteressenten schon etwa im Voraus Empfangenen, oder im Erlasse der sonst schuldigen Gegenprästation, ganz oder zum Theile; ohne sich übrigens auf eine praestatio lucri zu erstrecken.

l. 33. 34. 35. locati „si fundus, quem mihi locaveris, publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quominus id praestes. Quemadmodum si insulam aedificandam locasses, et solum corruisset, nihilominus teneberis. Nam et si vendideris mihi fundum, isque prius, quam vacuus traderetur, publicatus fuerit, teneris ex emto: quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si-

*quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi (mag es gleichwohl lucrum circa rem ipsam consistens seyn). Similiter igitur et circa conductionem servandum puto, ut mercedem, quam praestiterim, restituas, ejus scilicet temporis, quo frui non fuerim, nec ultra actione ex conducto praestare cogaris. Nam et si colonus tuus fundo frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere, ne id faciat, possis, tantum ei praestabis, quanti ejus interfuit frui, in quo etiam lucrum ejus continebitur *)*: sin vero ab eo interpellabitur,

*) Nämlich lucrum circa rem ipsam consistens. — Hierin rechneten die Römer auch das After-Miethegeld, in so ferne dieses mit den aus der Miethe selbst zu beziehenden Nuzungen in ziemlich gleichem Verhältnisse steht. So ist ein Fragment von Paullus durch den gleichzeitigen Tryphonin modificirt zu verstehen l. 7. locati „si tibi alienam

quem tu prohibere propter vim majorem aut potentiam ejus non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis, — perinde ac si latronum incursu id acciderit — et haec distinctio convenit illi, quae a Servio introducta et ab omnibus fere probata est, ut, si insulam (Ge-

insulam locavero quinquaginta, tuque eandem sexaginta Titio locaveris, et Titius a domino prohibitus fuerit habitare, agentem te ex conducto sexaginta consequi debere placet (nämlich weil hier, wie gesagt, das Verhältniß zwischen dem Aftermiethegeld und dem Nutzen, welchen der erste Miethsmann aus der Miethe selbst hätte beziehen können, ziemlich gleich ist — dießs macht uns zum Grundsatz die folgende Stelle — l. 8. eod. „Nos videamus, ne non sexaginta praestanda nec quinquaginta sint, *sed quanti interest perfrui conductione*, tantundemque consequatur medius, quantum praestare debeat ei, qui a se conduxit, *quoniam emolumentum conductionis, ad comparationem uberioris mercedis computatum*, majorem efficit condemnationem: quo jure utimur.

bäude) locatam dominus reficiendo, ne ea conductor frui possit, effecerit, animadvertatur, necessario nec ne id opus demolitus est: quid enim interest, utrum locator insulae propter vetustatem cogatur eam reficere, an locator fundi cogatur ferre injuriam ejus quem prohibere non possit *)? “““

L. 19. §. 1. locati „si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur, hic, si pecora vel demortua sunt vel etiam deteriora facta, quod interest praestabitur si scisti (dann ist es kein Zufall, sondern durch Dolus der Un-

*) Eben so ist es nach l. 3. Cod. de locato conducto, wenn der Vermiether aus unvorherzusehender Noth selbst seines Gebäudes benöthiget wird „*aede*, (auf Feldstücke kann sich dieß wohl nicht beziehen), quam reductam habere dicis et pensionem domino solvisti, invitam te expelli non oportet, nisi propriis usibus dominus eam necessariam esse probaverit. “““

fall veranlaßt), *si ignorasti, pensionem non petes.*“““

Eben dahin ist zu rechnen, wenn dem Miethsmann durch Erdfälle, Heereszug, Mäusefraß, ungewöhnliche Sonnenhitze, Wasserschäden u. d. gl. ein beträchtlicher Theil der Früchte oder gar aller Nutzen entgeht *).

l. 15. §. c. D. locati, „Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, ut puta fluminum, graculorum, sturnorum, *et siquid simile acciderit*, aut si incur-

*) Es versteht sich, daß die schädliche Begebenheit ausserordentlich, auch der Nachlässigkeit des Miethsmannes nicht zuzurechnen ist. „*Siqua tamen vita*, sagt die angeführte Stelle, *ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. . . Si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse — idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit.*“““

sus hostium fiat. — Sed et si labes facta sit, omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, *ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur*. Sed et si uredo fructum oleae corruperit, aut solis fervore non adsueto id acciderit, damnum domini futurum.“ add. §. 3. eod.

Indessen finden wir ein sehr wichtiges Gesetz, welches bei Gelegenheit des Zufalles eine Entschädigungs-Verbindlichkeit unter mancherlei Modificationen festsetzt — dieß ist die bekannte

Lex Rhodia de jactu

deren nähere Erörterung nicht hierher gehört.

Ob Kriegsschäden und in wie ferne dieselbe zu vergüten sind? ist eine theils von den bisher aufgestellten Prinzipien ganz unabhängige, theils unter dieselben zu subsumierende Frage. Sie muß nach einem eigenen größeren Plane bearbeitet werden.

The Nationalist

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

— 100 —

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18. 19. 20. 21. 22. 23. 24. 25. 26. 27. 28. 29. 30. 31. 32. 33. 34. 35. 36. 37. 38. 39. 40. 41. 42. 43. 44. 45. 46. 47. 48. 49. 50. 51. 52. 53. 54. 55. 56. 57. 58. 59. 60. 61. 62. 63. 64. 65. 66. 67. 68. 69. 70. 71. 72. 73. 74. 75. 76. 77. 78. 79. 80. 81. 82. 83. 84. 85. 86. 87. 88. 89. 90. 91. 92. 93. 94. 95. 96. 97. 98. 99. 100. 101. 102. 103. 104. 105. 106. 107. 108. 109. 110. 111. 112. 113. 114. 115. 116. 117. 118. 119. 120. 121. 122. 123. 124. 125. 126. 127. 128. 129. 130. 131. 132. 133. 134. 135. 136. 137. 138. 139. 140. 141. 142. 143. 144. 145. 146. 147. 148. 149. 150. 151. 152. 153. 154. 155. 156. 157. 158. 159. 160. 161. 162. 163. 164. 165. 166. 167. 168. 169. 170. 171. 172. 173. 174. 175. 176. 177. 178. 179. 180. 181. 182. 183. 184. 185. 186. 187. 188. 189. 190. 191. 192. 193. 194. 195. 196. 197. 198. 199. 200. 201. 202. 203. 204. 205. 206. 207. 208. 209. 210. 211. 212. 213. 214. 215. 216. 217. 218. 219. 220. 221. 222. 223. 224. 225. 226. 227. 228. 229. 230. 231. 232. 233. 234. 235. 236. 237. 238. 239. 240. 241. 242. 243. 244. 245. 246. 247. 248. 249. 250. 251. 252. 253. 254. 255. 256. 257. 258. 259. 260. 261. 262. 263. 264. 265. 266. 267. 268. 269. 270. 271. 272. 273. 274. 275. 276. 277. 278. 279. 280. 281. 282. 283. 284. 285. 286. 287. 288. 289. 290. 291. 292. 293. 294. 295. 296. 297. 298. 299. 300. 301. 302. 303. 304. 305. 306. 307. 308. 309. 310. 311. 312. 313. 314. 315. 316. 317. 318. 319. 320. 321. 322. 323. 324. 325. 326. 327. 328. 329. 330. 331. 332. 333. 334. 335. 336. 337. 338. 339. 340. 341. 342. 343. 344. 345. 346. 347. 348. 349. 350. 351. 352. 353. 354. 355. 356. 357. 358. 359. 360. 361. 362. 363. 364. 365. 366. 367. 368. 369. 370. 371. 372. 373. 374. 375. 376. 377. 378. 379. 380. 381. 382. 383. 384. 385. 386. 387. 388. 389. 390. 391. 392. 393. 394. 395. 396. 397. 398. 399. 400. 401. 402. 403. 404. 405. 406. 407. 408. 409. 410. 411. 412. 413. 414. 415. 416. 417. 418. 419. 420. 421. 422. 423. 424. 425. 426. 427. 428. 429. 430. 431. 432. 433. 434. 435. 436. 437. 438. 439. 440. 441. 442. 443. 444. 445. 446. 447. 448. 449. 450. 451. 452. 453. 454. 455. 456. 457. 458. 459. 460. 461. 462. 463. 464. 465. 466. 467. 468. 469. 470. 471. 472. 473. 474. 475. 476. 477. 478. 479. 480. 481. 482. 483. 484. 485. 486. 487. 488. 489. 490. 491. 492. 493. 494. 495. 496. 497. 498. 499. 500. 501. 502. 503. 504. 505. 506. 507. 508. 509. 510. 511. 512. 513. 514. 515. 516. 517. 518. 519. 520. 521. 522. 523. 524. 525. 526. 527. 528. 529. 530. 531. 532. 533. 534. 535. 536. 537. 538. 539. 540. 541. 542. 543. 544. 545. 546. 547. 548. 549. 550. 551. 552. 553. 554. 555. 556. 557. 558. 559. 560. 561. 562. 563. 564. 565. 566. 567. 568. 569. 570. 571. 572. 573. 574. 575. 576. 577. 578. 579. 580. 581. 582. 583. 584. 585. 586. 587. 588. 589. 590. 591. 592. 593. 594. 595. 596. 597. 598. 599. 600. 601. 602. 603. 604. 605. 606. 607. 608. 609. 610. 611. 612. 613. 614. 615. 616. 617. 618. 619. 620. 621. 622. 623. 624. 625. 626. 627. 628. 629. 630. 631. 632. 633. 634. 635. 636. 637. 638. 639. 640. 641. 642. 643. 644. 645. 646. 647. 648. 649. 650. 651. 652. 653. 654. 655. 656. 657. 658. 659. 660. 661. 662. 663. 664. 665. 666. 667. 668. 669. 670. 671. 672. 673. 674. 675. 676. 677. 678. 679. 680. 681. 682. 683. 684. 685. 686. 687. 688. 689. 690. 691. 692. 693. 694. 695. 696. 697. 698. 699. 700. 701. 702. 703. 704. 705. 706. 707. 708. 709. 710. 711. 712. 713. 714. 715. 716. 717. 718. 719. 720. 721. 722. 723. 724. 725. 726. 727. 728. 729. 730. 731. 732. 733. 734. 735. 736. 737. 738. 739. 740. 741. 742. 743. 744. 745. 746. 747. 748. 749. 750. 751. 752. 753. 754. 755. 756. 757. 758. 759. 760. 761. 762. 763. 764. 765. 766. 767. 768. 769. 770. 771. 772. 773. 774. 775. 776. 777. 778. 779. 780. 781. 782. 783. 784. 785. 786. 787. 788. 789. 790. 791. 792. 793. 794. 795. 796. 797. 798. 799. 800. 801. 802. 803. 804. 805. 806. 807. 808. 809. 810. 811. 812. 813. 814. 815. 816. 817. 818. 819. 820. 821. 822. 823. 824. 825. 826. 827. 828. 829. 830. 831. 832. 833. 834. 835. 836. 837. 838. 839. 840. 841. 842. 843. 844. 845. 846.

isumob munitatibz pfectibz h' orator

dos. 8. 4 51s. 100/100

Ge-
wichtiges

17

— 188 —

121 2010 - 12102010 12102010

QING

1895

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE NEW YORK PUBLIC LIBRARY
ASTOR LENOX TILDEN FOUNDATION
455 FIFTH AVENUE
NEW YORK 17, N. Y.

1871

1870

1898-1899

This image shows a blank, aged, cream-colored page, likely an endpaper or flyleaf of a book. The paper has a slightly grainy texture and shows signs of wear and aging, including a prominent brown stain near the top center and a smaller, lighter stain near the bottom center. The page is otherwise empty of text or markings.

Schömann, Franz, 1781-1813

Lehre vom Schadensersatz

Bd.: 2

Giesen und Wetzlar 1806

J.rom.m. 462-1/2

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10567122-4